Rumitsch
1131

1131

Geschichte des Rechts

bei dem römischen Volk

mit einer

Einleitung in die Rechtswissenschaft

und

Geschichte des römischen Civilprocesses

Von

G. F. Puchta

Neunte Auflage

nach dem Tode des Verfassers besorgt

von

Paul Krüger

Leipzig

Druck und Verlag von Breitkopf und Härtel

1881

THE INSTITUTE OF MEDIAEVAL STUDIES
ST. MICHAEL'S COLLEGE
LIBRARY
DEC 1 1942
12124

Das Ueberſetzungsrecht vorbehalten.

Vorrede.

Die Anziehungskraft, welche in Deutschland die Universitäten auf die gesammte wissenschaftliche Thätigkeit üben, wird nirgends sichtbarer als in unserer Literatur. Soweit sie für den Unterricht bestimmt ist, giebt sie sich fast ausschließlich dem Universitätsunterricht als Dienerin hin: in Grundrissen, Lehrbüchern, Handbüchern für den unmittelbaren Gebrauch bei Vorlesungen. Wir haben eine Menge von Büchern, worüber, aber nur wenige, die man lesen kann.

Das Monopol des academischen Unterrichts hat eine nachtheilige Folge, die jedermann zugeben wird: daß es nämlich die Verbreitung gründlicher Kenntnisse von der Gelegenheit, Vorlesungen zu besuchen, und von ihrer rechten Benutzung in der dafür bestimmten, schnell vorübereilenden Zeit abhängig macht. Dieß wird besonders fühlbar in Beziehung auf die Theile der Rechtswissenschaft, die eine unmittelbare Wichtigkeit für andere Fächer haben, aber wie oft geschieht es auch, daß ein Jurist während seines academischen Studiums diesen oder jenen Theil seines Fachs versäumt, und die Lücke erst später als solche inne wird, oder daß das wissenschaftliche Bedürfniß überhaupt in ihm zu einer Zeit erwacht oder mächtig wird, wo ihm die Hörsäle verschlossen sind.

Und würde nicht auch für den Lehrer die Ausübung seines Berufs leichter, freier und edler sich gestalten, wenn neben die mündliche Lehre eine schriftliche träte, die sie nie verdrängen, ihr aber ein Maß gestatten könnte, das sie zur Beschwerde der Lehrer und Zuhörer und zum Nachtheil der Sache selbst mehr und mehr zu verlieren scheint? Sollte es nicht an der Zeit sein, nach dreihundert Jahren endlich von der Erfindung der Buchdruckerkunst den Gebrauch zu machen, zu dem uns jetzt mehr als je die Macht der Verhältnisse hindrängt?

Man wird es kaum läugnen können, so auffallend es klingen mag: der Einfluß jener Erfindung auf die Gestalt des Universitätsunterrichts war im Ganzen fast unbemerkbar, wir lehren größtentheils noch eben

so, wie wenn die Stimme des Lehrers vom Catheder noch das einzige Medium für die Mittheilung von Kenntnissen, Ohr und Hand die einzigen Mittel ihrer Erwerbung wären.

Bald wird es schon äußerlich unmöglich werden, auf diesem Wege fortzugehen: die Gegenstände des Unterrichts mehren sich, der Stoff der einzelnen Vorträge hat sich vergrößert, Vorlesungen, die sonst sechs Stunden wöchentlich in Anspruch nahmen, sind auf zehn oder zwölf gesetzt, andere haben sich in zwei oder gar drei besondere gespalten, eine Abhülfe wird unabweislich, wenn die Universitäten ihrer Aufgabe gewachsen und in dem Besitz der Stellung bleiben sollen, die ihnen der Sinn des deutschen Volks zuerkennt.

Das Buch, welches hier bevorwortet wird, ist zu dem Zweck einer Beihülfe für das Studium des Rechts, und einer Ergänzung desselben geschrieben. Es ist für Studirende nicht allein, sondern auch für praktische Juristen und Gelehrte anderer Fächer bestimmt, die es der Mühe werth achten, einer Darstellung des reinen römischen Rechts zu folgen. Gelehrte vom Fach, denen der Inhalt nichts neues oder doch nur diese oder jene neue Ansicht über ihnen bekannte Gegenstände bietet, entschließen sich vielleicht schon darum es zu lesen, oder auch, wenn es nicht anmaßend ist, die Möglichkeit dieses nicht geringen Verdienstes vorauszusetzen, um durch die fremde Darstellung von Dingen, die ihnen eben so gut oder besser als dem Autor bekannt sind, zu eigenen Ideen Anregung zu erhalten.

Den Zweck wird man nicht anstehen löblich zu finden, der Versuch seiner Erreichung wird nicht zu tadeln sein, die Ausführung wird im besten Fall noch manches zu wünschen übrig lassen.

Eine gute alte Sitte berechtigt die Autoren, in ihren Vorreden das Wohlwollen der Leser anzurufen. Niemand kann dieses Bedürfniß lebhafter empfinden, als der Verfasser einer Schrift, deren Wirkung gänzlich von ihrer Aufnahme durch die Zeitgenossen abhängt, und deren Zwecke von der Beschaffenheit sind, daß es fast unmöglich scheint, alle Ansprüche zu befriedigen.

Ueber die Erreichung seiner guten Absicht wird ein Autor, der bescheiden erscheinen will, versichern ungewiß zu sein, der bedachtsame wird es sein, in dem vorliegenden Fall wäre jene Versicherung selbst eine Anmaßung.

Das ganze Werk, von welchem jetzt die erste Hälfte erscheint, enthält in vier Abschnitten: encyclopädische Einleitung in die Rechtswissenschaft; Geschichte des Rechts bei dem römischen Volk; Geschichte des rö-

mischen Civilprocesses; System und Geschichte des römischen Privatrechts; zusammen also das, was man unter dem hergebrachten Namen der Institutionen, diesen Theil des Rechtsunterrichts in seiner vollen Ausdehnung genommen, zu begreifen pflegt.

Leipzig, den 21. April 1841.

Diese zweite Ausgabe wird, wenn von dem Wohlwollen des Publicums, welches sie herbeigeführt hat, eben so auch, wie ich hoffe, in mehrfachen einzelnen Verbesserungen und in der Benutzung der neuesten Literatur, von meiner Dankbarkeit gegen jenes Wohlwollen Zeugniß ablegen.

Die Vollendung des Werks, der ich gleich nach dem Erscheinen des zweiten Bandes meine Thätigkeit zu widmen begonnen hatte, ist zuerst durch die 1842 eingetretene Veränderung meines Wohnorts, dann durch die keinen Aufschub duldende Umarbeitung der Pandekten, unmittelbar darauf durch die Uebernahme eines neuen Berufs, zuletzt durch die gleichzeitige Besorgung dieser zweiten Ausgabe des ersten Bandes und einer dritten der Pandekten neben andern sich grade zudrängenden Geschäften verzögert worden. Wie die Sachen jetzt stehen, glaube ich die Beendigung des Buches, die mir eine nie aus den Augen verlorene Pflicht ist, in nicht entfernter Zeit versprechen zu können.

Berlin, 1. Juni 1845.

Vorwort des Herausgebers

zur neunten Auflage.

Nach dem Tode Rudorff's, welchem die Herausgabe der Institutionen durch Vermächtniß Puchta's übertragen worden, hat der Unterzeichnete auf Wunsch der Verleger die Bearbeitung der achten und dieser neunten Auflage übernommen. Rudorff's Zusätze mußten im ganzen beibehalten werden, da auf sie in unserer Literatur vielfach Bezug genommen ist. Die Nachträge des Herausgebers beschränken sich wesentlich auf Anführung der Hauptwerke aus der neuesten Zeit. Alle Zu-

sätze sind in eckige Klammern geschlossen; den von Rudorff herrührenden, soweit sie nicht lediglich in Literaturangaben bestehen, ist am Schluß ein R. beigefügt.

Die ursprüngliche Eintheilung des Werks in drei Bände ist verlassen worden. Aus dem früheren zweiten Bande, welcher den Civilproceß und das System des Privatrechts bis zum Schluß des Sachenrechts (§ 149—257) enthielt, ist der erstere der Geschichte des Rechts angehängt und das ganze Privatrecht im zweiten Bande zusammengefaßt worden.

Berlin, 16. September 1880.

Paul Krüger.

Inhalt des ersten Bandes.

Erstes Buch: Encyclopädie.

Erstes Kapitel: Philosophische Grundlage.

A. Von der Freiheit § 1—3 S. 3—6.

Geist, Vernunft; Freiheit, menschliche Freiheit, Schranken derselben.

B. Von dem Recht § 4—7 S. 6—10.

Rechtliche, moralische Freiheit. Aeußerung der rechtlichen Freiheit. Begriff des Rechts. Recht als Vorschrift (Rechtsinstitute S. 8) und das Recht als Macht (Unterschied des letzten Begriffs von Befugniß und von Rechtsverhältniß S. 8 f.). Verhältniß des Rechts zur Moral.

C. Entfaltung des Rechtsbegriffes in der Geschichte § 8. 9 S. 11—14.

Stoff, auf den das Recht wirkt; Beherrschung des Ungleichen durch das Princip der Gleichheit. Stufen der Geschichte des Rechts: Recht vor und seit der Entstehung der Völker; Entwickelung des Rechts in dem ius naturale, gentium, civile (§ 9 Note a, b, c).

Zweites Kapitel: Von der Entstehung des Rechts.

A. Allgemeines § 10. 11 S. 14—18.

Göttlicher, menschlicher Ursprung des Rechts. Volk (gemeines, partikuläres R. S. 15). Volk und Staat, Verhältniß des Staats zum Recht.

B. Die einzelnen Rechtsquellen § 12—18. S. 18—26.

Gewohnheitsrecht (Verhältniß der Gewohnheit zum Recht § 13 Note a). Gesetzliches Recht; Statuten und Observanzen; Staats- und Kirchengesetzgebung. Recht der Wissenschaft.

Erkenntnißmittel des Rechts: Uebung (Gewohnheit), Schrift (Kritik, Interpretation S. 23 ff., Wirksamkeit des Gesetzes für die Zukunft S. 26 f.). Innere Gründe.

C. Veränderlichkeit des Rechts § 19. 20 S. 26—29.

Fortbildung des Rechts im Ganzen (scheinbare Stillstände S. 28). Aufhebung einzelner Rechtssätze (ius posterius derogat priori, Antinomien S. 29)

Drittes Kapitel: Das Gebiet des Rechts.

A. System der Rechtsverhältnisse § 21—27 S. 29—44.

Möglichkeit eines solchen Systems. Rechtsverhältnisse sind Verhältnisse der Personen als solcher, die Verschiedenheit der Persönlichkeit ist der Grund jenes Systems.

Privatrecht (S. 32—35): der Mensch als Einzelner. Sachen, Kräfte, Eigenthum, Recht an fremden Sachen, Obligationen (Vermögen S. 34). — Der Mensch als Glied der Familie. Beziehung der Familie auf das Vermögen (privatrechtliche Seite), auf Staat und Kirche (politische und kirchliche Seite).

Oeffentliches Recht (S. 35—42): A) Inneres öffentliches Recht: Staatsrecht, Verschiedenheit der Verfassungen, Monarchie (Feudalverfassung, neuere Gestaltung S. 38 ff.); Obrigkeitliche Thätigkeit für die rechtliche Ordnung: unmittelbare, Civilproceß, Criminal-Recht und Proceß; mittelbare, Polizei; B) Aeußeres Staatsrecht, Völkerrecht; C) Kirchenstaatsrecht.

Kirchenrecht (S. 43—44), inneres und äußeres.

Wechselwirkung dieser Theile des Rechts S. 44 f.

B. System der Rechte § 28—30 S. 45—51.

Personen, natürliche und juristische. Thätigkeit der Person als Grund des Systems der Rechte. Begriff der Rechte, Zwang gegen den Verletzenden (S. 46), Schutz durch Selbsthülfe, durch die Gerichte, Klage und Einreden. Gegenstände der Rechte: Sachen, Handlungen, Personen (Natur der Rechte an Personen S. 49 f. Recht an der eigenen Person, Nothwendigkeit desselben S. 50 f.). Verhältniß des Systems der Rechte zu dem der Rechtsverhältnisse S. 51.

Viertes Kapitel: Innere Vollendung des Rechts.

Ius commune und singulare § 31 S. 52 f.

Fünftes Kapitel: Von der Wissenschaft des Rechts.

A. Philosophie des Rechts und Jurisprudenz § 32 S. 54—56.

B. System und Geschichte des Rechts § 33. 34 S. 56—59.

Simultane und successive Manigfaltigkeit des Rechts. Geschichte des Rechts im Ganzen, Geschichte der einzelnen Glieder des Rechts (äußere, innere Rechtsgeschichte, Rechtsantiquitäten).

C. Gegenstand der Rechtswissenschaft § 35 S. 59—61.

Nationeller Charakter derselben. Bedeutung des römischen Rechts für die Gegenwart. Darstellung desselben in den folgenden Abschnitten des Werks.

Zweites Buch: Geschichte des Rechts bei dem römischen Volk.

Erste Periode.

Von den Quellen der ältesten Geschichte § 36. 37 S. 65—72.

Glaubwürdigkeit der alten Historiker. Kritik; Beaufort, Vico, Niebuhr. Mythe, Sage. Chronologie. Leges Regiae, Ius Papirianum, Tabula Marliani.

Entstehung des römischen Volks § 38 S. 72—74.

Das älteste Recht § 39—42 S. 74—86.

Herrschaft des öffentlichen Rechts in der Familie, im Eigenthum. Gegensatz des ramnischen und quiritischen Princips im Recht § 39. 40. Verfassung; Comitien, Heer, Senat Magistrate (Stellung der Könige S. 81 f.), Gerichtsverfassung (Verhältniß der Pontifices zum Recht) § 41. Patricier; Clienten § 42.

Das plebejische Recht § 43—45 S. 86—91.

Begriff und Entstehung der Plebs. Einfluß ihrer Aufnahme auf die Entwickelung des quiritischen Rechts (Privatrechts). (Ueber den Einfluß der verschiedenen Elemente des römischen Volks S. 90 f.)

Die drei letzten Könige § 46—50 S. 91—101.

Tarquinius Priscus § 46. Servius: plebejische Tribus § 47. Centurienverfassung § 48. Militärische Bedeutung S. 94 ff. Comitien S. 97 ff. Die Einführung der Verfassung gehindert S. 99 f. Gerichtswesen § 49. (Decemvirn S. 100.) Tarquinius Superbus § 50.

Die erste Zeit des Consulats § 51 S. 101—104.

Einführung der servianischen Verfassung. Stellung der Plebs (Tributum S. 103 f.). Secessio in montem sacrum S. 104.

Zweite Periode.

Folgen der Secession § 52. 53 S. 105—109.

Plebiscite und Tribuni Plebis. Agitation um ein Grundgesetz. Einzelne Concessionen (Ackeranweisungen, Richter, Beschränkung der magistratischen Strafbefugniß: Gesetz des Aternius, des Menenius, des Papirius S. 108 f.).

Die zwölf Tafeln § 54. 55 S. 109—115.

Charakter des Gesetzes: Einfluß fremder Gesetzgebungen; Aenderungen des bestehenden Rechts; Vollständigkeit der Aufzeichnung. Ueberlieferung des Gesetzes; Sammlung und Ordnung der Fragmente (Jacobus Gothofredus).

Gleichstellung der beiden Stände § 56—59 S. 115—125.

Verfassungsgesetze der Zwölf Tafeln; Abschaffung des Decemvirats, Wiedereinführung der alten Verfassung: des Consulats, des Volkstribunats, der Tributcomitien (lex horatia 350 S. 116). Lex canuleia 309. Tribuni militum consulari potestate, — Censur — § 56. Leges liciniae 386, 387 § 57. Verhältniß der Plebejer zum Senat, lex ovinia — § 58. Stellung der Tributcomitien: lex publilia 415, lex hortensia 467, der Centuriatcomitien lex publilia 415, Curiatcomitien, Einfluß des Senats (lex maenia) — § 59.

Bildung eines dritten Standes und Reform der Centuriatcomitien § 60. 61 S. 125—135.

Bürger minderen Rechts: die Freigelassenen und ihre Kinder, die Municipes, die Aerarier (Kriegsdienstpflicht derselben? S. 129 f.). Forensis Factio (Cn. Flavius). Censur des Appius Cäcus 442 — § 60. Reform der Centurienverfassung (census equester S. 132 f.) § 61.

Italien § 62—65 S. 135—146.

Verbündete Völker, Verschiedenheit der Bündnisse, Vorrechte des nomen latinum § 62. Colonien: civium romanorum, latinae (Recht der latinischen Colonien S. 141 ff.) § 63. Bundesgenossenkrieg, Verleihung der Civität: lex iulia 664, plautia papiria 665 (Aufnahme der neuen Bürger in die Tribus S. 144) § 64. Verfassung der Gemeinden. Das cisalpinische Gallien zu Italien gezogen — § 65.

Die Provinzen § 66—69 S. 146—152.

Regierung und Zustand der Provinzen überhaupt § 66. Justizverwaltung § 67. Finanzverfassung § 68. Befreite Städte (lex antonia de thermensibus S. 151), Colonien § 69.

Verfall der Republik § 70—72 S. 153—163.

Sittenverderbniß in Folge der auswärtigen Eroberungen (leges sumtuariae, cibariae S. 153). Ordo senatorius, equester, plebs; Optimaten, Populären — § 70. Leges tabellariae, de civitate, de iudiciis publicis, iudiciariae (Bantinische Tafel S. 157). Lex Servilia S. 158 § 71. Leges frumentariae, agrariae (Lex Thoria S. 163) § 72.

Das Jus civile und seine Quellen § 73 S. 163—166.

Begriff des Jus civile. Einfluß der zwölf Tafeln. Aequitas, mos, res iudicatae.

A. Leges § 74 S. 166—169.

Lex und Plebiscitum. Verfahren bei der Gesetzgebung. Sanctio legis: lex perfecta, minus quam perfecta, imperfecta. Einfluß dieser Rechtsquelle auf die Fortbildung des Rechts.

B. Senatusconsulta § 75 S. 169—173.

Kraft der SCta, allmähliges Aufsteigen zum Charakter eigentlicher Gesetze.

C. Auctoritas prudentium § 76—78 S. 173—183.

Charakter der Rechtskunde, Namen der einzelnen Prudentes, praktische Thätigkeit derselben: respondere, cavere, agere, scribere (disputatio fori S. 176 f.) § 76. Kenntnisse der Prudentes (die Fabel von der Geheimhaltung des Rechts, Cn. Flavius), Unterricht, Schriften § 77. Einfluß der Rechtskundigen auf die Bildung des Rechts; interpretatio XII tabularum § 78.

D. Edicta magistratuum § 79—82 S. 184—201.

Gewalt der römischen Magistrate (lex cornelia Sullae — s. g. lex de scribis — S. 184), Auspicien, mag. maiores und minores, imperium § 79. Einfluß auf das Recht vor und nach der Lex Aebutia (Fiction S. 193) § 80. Form des Erlasses von Rechtsvorschriften: edicta (Begriff der edicta perpetua S. 193 ff., lex cornelia 687 § 81. Gegensatz von Ius civile und honorarium, theils formell, theils materiell § 82.

Das Ius Gentium und sein Einfluß auf das prätorische Recht § 83—85 S. 201—211.

Princip des Ius Gentium. Besondere Entwickelung bei den Römern: Rechtsverkehr unter den Völkern, recuperatio, Peregrinenprätor § 83. Doppelte Seite des Ius Gentium: allgemeines Peregrinenrecht, und freies römisches Recht § 84. Einfluß auf das prätorische Recht (Alter des letzteren S. 210) § 85.

Dritte Periode.

Der Principat und die alte Verfassung § 86—88 S. 212—222.

Reihe der Principes, Charakter der Verfassung § 86. Stellung des Populus Romanus, des Senats, des Princeps (lex de imperio Vespasiani S. 217) § 87. Theilung des Staats zwischen Principat und Republik: aerarium und fiscus, magistratus p. r. und Beamten des Princeps (Ritter S. 222 f.) § 88.

Verfassung Italiens und der Provinzen § 89—95 S. 223—243.

Vorzüge Italiens vor den Provinzen § 89. Städteverfassung: lex iulia municipalis (heracleische Tafel), lex rubria de Gallia cisalpina § 90. Städteverfassung § 91. Städtische Jurisdiction, Beschränkungen derselben § 92. Provinzialverfassung, Theilung der Provinzen § 93. Provinzialstädte: ius italicum § 94. Provinzialstädte mit der Civität und Latinität (Constitution des Caracalla S. 241 ff.) Colonien § 95.

Die römische Rechtswissenschaft § 96—103 S. 244—278.

Ursprung und Charakter derselben (Theorie und Praxis S. 246) § 96. Aufzählung der Juristen: bis August § 97. Labeo und Capito: Schulen der Juristen § 98. Juristen der beiden Schulen (Nerva bis Neratius — Sabinus bis Gaius) § 99. Juristen nach dem Verschwinden der Schulen § 100. Einfluß der Rechtswissenschaft auf die Entwickelung des Rechts § 101. Methode der römischen Juristen: Geschichte, Philosophie § 102. Juristischer Unterricht: Schulunterricht und praktischer § 103.

Erhaltene Schriften der Juristen § 104 S. 279—292.

Gaius Institutionen S. 279, Fragment de iure fisci S. 281. Endlichersches Fragment von Ulp. inst. S. 281 f., Volus. Maecian. de asse S. 281, Tituli ex corpore Ulpiani S. 282, Stellen bei nichtjuristischen Schriftstellern S. 283, Collatio Legum Mosaicarum et Romanarum S. 284 f., Agrimensoren S. 285, Consultatio Veteris JCti S. 285, Fragmente unbekannter Quelle S. 286, Vatikanische Fragmente S. 286, Justinians Pandekten S. 287 f., Dositheanisches Fragment S. 289, Pauli sententiae S. 290, Papinian im Breviarium S. 291 f., Bearbeitungen von Gaius Inst. S. 291.

Die besonderen Rechtsquellen § 105 S. 292 f.

A. Leges et senatusconsulta § 106—108 a. S. 293—301.

Eingehen der Volksgesetzgebung, vollständige Gleichstellung der Senatsgesetze mit den Leges § 106. Thätigkeit der Gesetzgebung: Gesetze über die Ehe (Lex Julia und Papia), über die Sclaverei § 107. Erhaltene Gesetze (lex agraria von Caligula u. s. f. S. 301) § 108.

B. Principum constitutiones § 109—113 S. 301—314.

Geſetzeskraft derſelben § 109. Arten: Orationes, Edicta (Jurisdiction S. 303 f.) Mandata § 110. Decreta und Reſcripta: Veranlaſſung, Form, Bedeutung, Geſetzeskraft für gleiche Fälle, Einfluß der Juriſten darauf (rescripta generalia S. 304 ff.) § 111. Gebrauch der Reſcripte und Decrete (consilium principis S. 310 ff.). Ueberlieferung (Hadriani sententiae et epistolae bei Doſitheus S. 312) § 112. Einwirkung auf das Recht § 113.

C. Edicta magistratuum § 114. 115 S. 314—322.

Fortdauer der Unterſcheidung zwiſchen ius civile und honorarium, Reform der Edicta unter Hadrian § 114. Kraft der Edicte für andere Magiſtrate; Ueberlieferung § 115.

D. Responsa et sententiae prudentium § 116—118 S. 322—332.

Ertheilung des Jus Reſpondendi, Form, Wirkung der Reſponſa (iuris auctores S. 326) § 116. Auctorität der Schriften (Erklärung von Gai. I 7 S. 327 ff.) § 117.

Urkunden von Rechtsgeſchäften (Schenkung des Syntrophus S. 331, obligatio praediorum — tab. alimentaria Traiani — S. 331, Siebenbürgiſche Wachstafeln, lanuviniſche Inſchrift S. 332) § 118.

Vierte Periode.

Endpunkt der römiſchen Rechtsgeſchichte § 119 S. 333 f.

Verfaſſung § 120—128 S. 334—353.

Reihe der Kaiſer § 120. Deſpotie, Centraliſation der Verwaltung, Beamtenhierarchie, Standesunterſchiede (Ordnung der Beamten S. 337 ff.) § 121. Dignitates palatinae (consistorium principis S. 339, Finanzverfaſſung S. 340 f.) § 122. Dignitates civiles (Präfecturen, Diöceſen, Provinzen). Municipalverfaſſung: ſtädtiſche Gerichtsbarkeit (Theilnahme der Curie S. 342 ff. Aſſeſſoren der Beamten S. 345 f.) Lage der Städte, Stellung der Decurionen § 123. Die beiden Hauptſtädte (Senat, Conſuln, Prätoren) § 124. Dignitates militares (Militärgerichtsbarkeit) § 125. Biſchöffliche Jurisdiction (von der Aechtheit des conſtantiniſchen Geſetzes: religionis est etc. über dieſen Gegenſtand S. 350 ff.) § 126. Unterbeamten (Officia, Scholae) § 127. Ernennung der Beamten (notitia dignitatum et administrationum S. 353 f.) § 128.

Das Recht und die Geſetzgebung § 129—132 S. 353—366.

Materieller Charakter der Rechtsbildung in der vierten Periode (Einfluß des Chriſtenthums S. 354 ff.); Rechtsquellen, durch welche die Rechtsänderungen eingeführt worden (Wiſſenſchaft? S. 356 ff.) § 129. Werth der damaligen Geſetzgebung § 130. Form der Geſetzgebung (Edikte der Präfecten S. 360 f., edicta Turcii Aproniani S. 360 Note c); Arten von Geſetzen: edicta, decreta, rescripta (Geſetzeskraft der Decrete und Reſcripte S. 360 ff.) § 131. Ueberlieferung der kaiſerlichen Geſetze (ed. Constantini de accusationibus S. 366 Note d) § 132.

Gebrauch der Rechtsquellen in den Gerichten § 133 S. 366 f.

A. Jus § 134. 135 S. 367—378.

Juriſtiſche Schriften der Vorzeit; Schwierigkeiten bei dem gerichtlichen Gebrauch derſelben: Vortrefflichkeit, Zahl, Controverſen; Mittel dagegen (Geſetze gegen die notae zu Papinian S. 369. Citirgeſetz Valentinian's III, wahrer Inhalt deſſelben S. 370 ff. Project Theodoſius II S. 373) § 134. Codex gregorianus, hermogenianus (Aufgabe der Herausgeber S. 374 ff.). Vatikaniſche Fragmente. § 135.

B. Leges § 136 S. 378—383.

Codex theodosianus v. 438. Ueberlieferung bis 1820 S. 379 f., ſeit 1820: Peyron, Cloſſius, Hänel, Besme S. 380 ff., Novellen zu dem theodoſiſchen Codex (Reception der occidentaliſchen im Orient? S. 382), Sammlungen derſelben.

Das römiſche Recht unter den Germanen § 137 S. 383— 387.

Codex alaricianus (ſ. g. Breviarium) bei den Weſtgothen (angebliche institutio Gregoriani S. 385); Papian bei den Burgundern; Edictum Theodorici, Athalarici, bei den Oſtgothen.

Die Gesetzgebung Justinian's § 138—140 S. 387—400.

Persönlichkeit Justinian's; Tribonian § 138. Rechtszustand am Anfang von Justinian's Regierung; Plan seiner Gesetzgebung (Unrichtigkeit der Meinung, wonach die Absicht von Anfang nur auf einen Theil der bestehenden Rechtsquellen gegangen wäre S. 389 ff.); Codex vetus (S. 390), Quinquaginta decisiones (S. 391 f.); Digesta S. 392 ff. Verbot der Siglen und Commentarien S. 392 f. Verfahren bei der Compilation S. 393 ff. Ordnung der Excerpte S. 394 f. Leges geminatae, fugitivae S. 396). Institutiones (S. 396 f.); Studienplan (S. 397 ff.) — § 139. Repetita codicis praelectio; Novellae leges (Charakter dieser späteren Gesetze S. 398 ff.). Chronologische Uebersicht dieser rechtsgeschichtlichen Data — § 140.

Ueberlieferung der justinianischen Gesetzgebung durch den Orient § 141. 142 S. 401—406.

Bearbeitungen der einzelnen Theile (Theophilus Paraphrase S. 402, Novellenauszüge von Athanasius und Theodorus S. 402); Ekloge des Leo, Procheiron und Epanagoge des Basilius, Basiliken, Scholien derselben, spätere Werke (Harmenopulus S. 404 ff.): kirchliche Bearbeitungen — § 141. Bedeutung dieser Ueberlieferungen für die Kritik und Interpretation des justinianischen Rechts § 142.

Ueberlieferung der justinianischen Gesetzgebung durch den Occident § 143—148 S. 406—420.

Einführung der Gesetzbücher in Italien; Glossatoren § 143. Ueberlieferung der Institutionen (turiner Glosse S. 408) § 144. Pandekten (Vulgathandschriften, florentinische H. S., lectio vulgata, florentina s. pisana haloandrina) § 145. Codex (Handschriften; Mangelhaftigkeit derselben, authenticae) § 146. Novellen (Sammlungen: Julian, Authenticum, griechische Sammlung von 168, Edicta Justiniani, Verwirrung der verschiedenen Sammlungen in den Ausgaben) § 147. Zusammenstellung der justinianischen Legislation: Corpus Juris civilis (im Mittelalter übliche Eintheilung S. 417 f.) § 148.

Drittes Buch: Geschichte des römischen Civilprocesses.

Einleitung.

Uebersicht des Inhalts § 149 S. 423 f.

Erstes Kapitel: Geschichte des Civilprocesses in den drei ersten Perioden.

Grundlagen des römischen Gerichtswesens § 150 S. 425—427.

Theilung der richterlichen Functionen. Ordentliches, außerordentliches Verfahren.

Gerichtsverfassung:

A. Die Magistrate § 151. 152 S. 427—434.

Officium ius dicentis: iurisdictio, imperium (mixtum — merum), andere Functionen. Beschränkungen. Mandata iurisdictio.

Competenz: forum domicilii, originis, prorogatum, solutionis, contractus, administrationis, rei sitae.

B. Die Judices § 153. 154 S. 434—448.

Officium iudicis. Iudicium decemvirale, centumvirale (Competenz, Einrichtung, Alter, Bedeutung des Centumviralgerichts).

Iudices privati (Geschichte: Arten. Recuperatoren). Iudices — arbitri. Fähigkeit zum Richteramt. Ernennung: album iudicum, Theilnahme der Parteien an der Ernennung. Iudex pedaneus.

C. Die Parteien § 155—157 S. 448—460.

Postulare, Fähigkeit dazu. Beistände (advocati, patroni).
Stellvertreter: Möglichkeit, Beschränkungen, Arten (cognitores, procuratores, tutores et curatores), Wirkung.
Cautionen, poenae temere litigantium.

D. Ort und Zeit des Verfahrens § 158. 159 S. 460—465.

Tribunal. Oeffentlichkeit. Tageszeit. Gerichtstage: dies fasti, comitiales; actus rerum. Dies juridici — feriae.
Proceßverjährung: iudicia legitima und imperio continentia.

Gerichtsverfahren:

A. Einleitung des Processes § 160 S. 465—468.

In ius vocatio, editio actionis, vadimonium. Verfahren gegen den indefensus. Litis denuntiatio.

B. Verhandlungen in Jure:

a. Legis Actiones § 161. 162 S. 469—480.

Legis actio sacramento; vindicatio (in iure manum conserere), vindiciae.
L. a. per iudicis postulationem, per condictionem ex lege silia et calpurnia, per manus iniectionem (Beschränkung derselben), per pignoris capionem (tribuni aerarii).

b. Formulae § 163—171 S. 480—523.

Allgemeines: Ursprung, Lex Aebutia, Leges Juliä. Vergrößerter Einfluß des Magistratus (§ 163).
Partes formulae: Demonstratio, praescriptio pro actore (§ 164).
Intentio: in personam, in rem actio; certa, incerta; dare, dare facere, praestare; condictio certi, triticaria, incerti; bonae fidei actio; ficticia actio, utilis actio, in factum actio; actiones (in factum) praescriptis verbis (§ 165)
Adiudicatio. Condemnatio: certae, incertae pecuniae (cum taxatione, infinita); arbitraria formula; Fassung der Condemnatio bei Stellvertretern (§ 166).
Zusammenstellung der Formeln: Demonstratio (in welchen Formeln). Intentio (mixtae actiones, praeiudiciales actiones). Condemnatio. Fehler der Fassung: Pluspetitio (§ 167).
Sponsiones: praeiudiciales, poenales. Sponsionsverfahren bei der in rem actio (§ 168).
Interdicta: restitutoria, exhibitoria, prohibitoria, simplicia, duplicia; Verfahren per sponsionem; per formulam arbitrariam. Charakter und Zweck des Interdictenprocesses (§ 169).
Zusätze zu den Formeln für den Beklagten: exceptio (perpetua, temporalis; in factum; in personam, in rem; Anwendung bei b. f. iudicia, arbitrariae formulae, in factum actiones). Vertheidigung des Klägers durch Replik, Duplik ꝛc. (§ 170).
Praescriptiones pro reo (praeiudicia), Aufhebung dieser Form von Einreden (§ 171).

c. Litis Contestatio § 172. 173 S. 523—532.

Lis inchoata, res in iudicium deducta. Wirkung dieser Anhängigmachung des Rechtsstreits: 1) Consumtion des Klagrechts (exceptio rei in iudicium deductae), 2) Verpflichtung zu dem Ausgang des Processes (omnia iudicia esse absolutoria, S. 525); Einfluß auf den Gegenstand; translatio iudicii. Geschichte der litis contestatio.
Endigung des Verfahrens in iure ohne Litscontestation: confessio in iure, iusiurandum, Weigerung des Beklagten (interrogatio in iure).

C. Verhandlungen in Judicio:

a. Beweis § 174 S. 532—537.

Verhandlungen vor dem Richter; Beweismittel: Urkunden, Zeugen (Pflicht zum Zeugniß, ꝛc. Eid; Beweislast; freie Beurtheilung der Richter. Eremodicium.

b. Sentenz § 175 S. 537—542.

Inhalt der Sentenz (iudicia duplicia); Form; Wirkung: res iudicata (bei Präjudicien, bei der Adjudicatio, bei der Condemnation und Absolution), Anwendung der exceptio rei iudicatae.

D. Verfahren extra Ordinem § 176. 177 S. 543—549.

Fälle der Anwendung; das Verfahren selbst.
In integrum restitutio: Wesen derselben; processualische Seite; Verfahren zum Zweck der Restitution (Ausscheidung von Fällen, die nicht dahin gehören).

E. Rescriptsproceß § 178 S. 549. f.

F. Execution § 179 S. 550—560.

Iudicati actio: Personalexecution, nach den Zwölf Tafeln und spätere Modificationen; Vermögensexecution: civilrechtliche zu Gunsten des Staats, prätorische für Privatgläubiger durch possessio, proscriptio und venditio bonorum; Wahl zwischen Personal- und Vermögensexecution, lex iulia de cessione bonorum; Vermögensexecution durch pignora capta, durch Wegnahme der geforderten Sache. Execution des Decrets.

G. Rechtsmittel gegen die Sentenz § 180. 181 S. 561—567.

Nichtigkeit der Sentenz. Anfechtung einer gültigen Sentenz auf dem Weg der In Integrum Restitutio. Appellation gegen Decrete.
Appellation gegen Sentenzen: Geschichte derselben; revocatio in duplum. Appellationsverfahren (Beschränkungen der Appellation), Rechtskraft.

Zweites Kapitel: Geschichte des Civilproceſſes in der vierten Periode.

A. Untergang des Ordo Judiciorum § 182 S. 568 f.

Iudicia extraordinaria. Iudices pedanei.

B. Gerichtsverfassung § 183 S. 569—571.

Richterliche Behörden; Verweser; Commissarien; Advocaten und Tabelliones. Ort und Zeit der Gerichte, Sporteln.

C. Verfahren:

a. Einleitung des Verfahrens § 184 S. 571 f.

Denuntiatio, libellus conventionis.

b. Cognitio § 185 S. 572—576.

Litiscontestation. Einfluß des neueren Verfahrens auf den Begriff und die alten Eintheilungen der Klagen und Exceptionen. Beweisverfahren. Ungehorsam des Beklagten. Exceptionelles Verfahren.

c. Sentenz § 186 S. 576 f.

Inhalt der Sentenz. Consultatio ante sententiam.

d. Rechtsmittel gegen die Sentenz § 187 S. 577—580.

Appellation: Verfahren; Beschränkungen: Supplicatio oder Retractatio.

e. Execution § 188 S. 580—582.

Voraussetzungen; directe Execution; pignoris capio; missio in bona (Concursverfahren).

Erstes Buch.

Encyclopädie.

Erstes Kapitel.

Philosophische Grundlage.

A. Von der Freiheit.

I. Zwei Seiten sind es, die wir in dem Menschen unterscheiden. Von der einen ist er ein Naturwesen, wie die andern Geschöpfe auch; er ist in dieser Beziehung nur das vollkommenste Thier und unterliegt, wie andere Geschöpfe, der Naturnothwendigkeit. Dieses Gesetz ist nicht bloß dem äußerlichen und sichtbaren Wesen gegeben, auch das unsichtbare und innerliche ist ihm unterworfen. Diesen Körper und diese Seele, mit ihren wesentlichen Eigenschaften und Fähigkeiten, hat der Mensch nicht durch eigene Wahl, sondern als etwas nothwendiges, von seiner Bestimmung unabhängiges.

Von der andern Seite ist der Mensch ein geistiges Wesen. Er ist vor allen andern Geschöpfen dadurch ausgezeichnet, daß ihm zugleich die Möglichkeit gegeben ist, sich selbst zu etwas zu bestimmen, ein Wille, eine Wahl. Diese Möglichkeit ist die Freiheit des Menschen. In dem Geist und der in ihm gegebenen Freiheit liegt die Aehnlichkeit mit Gott, welche schon die älteste unserer heiligen Schriften dem Menschen beilegt.

Der Mensch ist durch die Freiheit Gott ähnlich, aber nicht gleich wie Gott. Gott ist lauterer Geist, lautere Freiheit. Der Mensch aber ist zugleich Geschöpf, Naturwesen; er hat eine durch Nothwendigkeit gebundene, beschränkte, eine endliche Freiheit.

Das Vermögen, welches die geistige und Naturseite des Menschen vermittelt, ist die Vernunft, sie ist das Vermögen, das Nothwendige zu erkennen. Die Vernunft ist ein unentbehrliches Gut für den Menschen als ein der Naturnothwendigkeit unterworfenes Wesen. Sie ist für ihn, was für die Thiere der Instinct, sie führt ihn durch die gefährlichen Kräfte der Natur, die ihn, seit der Zwiespalt zwischen ihm und ihnen eingetreten ist, feindlich umlagern, und denen er ohne jenes Vermögen verfallen und erliegen würde. Wir gehen durch die Naturwelt wie durch ein gewaltig umgetriebenes Räderwerk, dessen eiserne Zähne und Federn den Unvorsichtigen zu ergreifen und zu zermalmen drohen. Mit Hitze und Kälte, mit Feuer und Wasser, mit der widerstrebenden Erde und ihren Geschöpfen, ja mit seinem eigenen Fleisch und Blut und dem Drang seiner Seele lebt der Mensch in fortgesetztem Kampf; zu diesem Kampf ist ihm als Waffe die Vernunft gegeben.

Aber es wäre unrichtig, die Vernunft für das höchste Gut zu halten. Der Mensch hat sie nur um seiner Unvollkommenheit willen. Das höhere Gut ist der Geist, das Vermögen der Freiheit. Daher können wir Gott keine Vernunft zuschreiben; für Gott ist nichts nothwendig, auch das Nothwendige ist ihm eine freie That seines Geistes. Den Thieren sprechen wir die Vernunft ab, mit Recht; aber nur deswegen, weil sie bloße Naturwesen sind, während der Mensch nicht in der Naturnothwendigkeit aufgeht, sondern ihr zugleich als Geist gegenübersteht, und daher auch allein sie zu erkennen vermag.

II. Der Grundbegriff des Rechts ist die Freiheit. Daraus folgt, daß sich nicht von dem Begriff der Vernunft aus zu dem Recht gelangen läßt. Dieß wird bestätigt durch die Erfahrung, welche die Versuche der Philosophen, das Recht auf die Vernunft zu gründen, darbieten.

Einer gewissen Popularität genießen diese Versuche bei denen, welche gewohnt sind, die Vernunft über alle andern menschlichen Kräfte zu stellen, zufrieden, sich schon dadurch über die Thiere erhoben zu sehen, und nicht gewillt, den Fuß auf die Staffel zu noch höheren Regionen zu setzen. Diese sind geneigt, alles, was als ein wesentlicher Vorzug erscheint, an dieses ihr höchstes Gut anzuknüpfen. So ist es geschehen, daß man das Gute mit dem Vernünftigen, das Unvernünftige mit dem Bösen identificirt und zugleich die Vernunft als das Princip der Freiheit betrachtet hat, ungehindert durch den Widerspruch, der darin liegt. Denn ist das Böse das Unvernünftige, so kann die Freiheit, welche die Möglichkeit des Bösen in sich trägt, nicht aus der Vernunft, die das Böse ausschließt, abgeleitet werden, und umgekehrt. Aber der Vernunft gemäß wäre es vielmehr, daß das Gute nothwendig geschähe; daß es durch Freiheit geschehen soll, welche also die Möglichkeit des Bösen nicht ausschließt, ist der bloßen Vernunft zuwider. Die Vernunft ist nicht das Princip der Freiheit, sondern vielmehr ein der Freiheit sich entgegensetzendes Element, und hat sich als solches von jeher erwiesen;

Vernünftig ist nur das Nothwendige. Eine Philosophie daher, die sich ausschließlich als „Ergründung des Vernünftigen" giebt,[a]) muß auf die Ergründung der Freiheit verzichten. Und wenn sie, um ihre Universalität zu retten, alles Wirkliche in den Kreis des Vernünftigen hereinzieht: was vernünftig ist, das ist wirklich, und was wirklich ist, das ist vernünftig (nothwendig), so beraubt sie uns der Freiheit, die sie eben damit als ein Unwirkliches erklärt. Was in jenem berühmten Satz von dem Wirklichen gesagt ist, gilt nur von dem Natürlichen, nicht von dem Uebernatürlichen, dem Geistigen, und selbst das Natürliche, sofern in ihm eine Beziehung auf das Uebernatürliche ist, kann nicht lediglich ein Vernünftiges genannt werden. Diese Beziehung ist die Seite der Natur, welche dem Auge Gottes zugewendet ist, dem, wie oben gesagt worden, auch die Nothwendigkeit als frei sich darstellt. Auch der Mensch war in diesem Mittelpunkt erschaffen, erst dem gefallenen erscheint die Nothwendigkeit als solche, und erst von diesem Zeitpunkt an beginnt die Vernunft, ein hohes Gut allerdings, da es dem Gefallenen unentbehrlich ist, aber nur von einer einseitigen Brauchbarkeit, und verderblich für das geistige Wesen des Menschen, wenn sie die Alleinherrschaft überkommt, wenn sie den Platz einnimmt, welcher nur der Weisheit, der Harmonie von Nothwendigkeit und Freiheit gebührt.

---

a) Hegel, Naturrecht S. XIX.

Die Philosophen, welche das Recht aus der Vernunft ableiten, bleiben außerhalb ihres Gegenstandes, sie kommen gar nicht oder nur durch einen Sprung zum Recht.

Um zu dem Recht zu gelangen, müssen wir von der geistigen Seite des Menschen ausgehen. Läugnen wir darum die Vernunft im Recht? Keineswegs. Dem Geist des Menschen ist eine Schranke durch seine Eigenschaft als Naturwesen gezogen. Diese Schranke muß der Mensch einhalten, die Vernunft giebt sie ihm zu erkennen. Der menschliche Geist, welcher sich der Vernunft entschlägt, ist Wahnsinn. Die Freiheit des Menschen, um bestehen zu können, soll eine vernünftige sein, d. h. innerhalb der Schranken der menschlichen Natur sich halten. Das Recht ist ein Vernünftiges, und dieß ist die Seite, von welcher es ein System ist, einen Organismus von Gattungen und Arten bildet. Aber es ist dieß nur eine Seite des Rechts, von welcher ausgehend wir nie zu der andern, der Freiheit, gelangen würden; in dieser letzten liegt der Keim des Rechts.

III. Der abstracte Begriff der Freiheit ist: Möglichkeit sich zu etwas zu bestimmen. In der Freiheit können zwei Elemente ihrer Wirksamkeit unterschieden werden: die Wahl zwischen verschiedenen Möglichkeiten, die sich dem Geist darbieten, und der Wille, die Richtung des Geistes auf das Gewählte. Beides aber ist derselbe Act, nur von verschiedenen Seiten betrachtet, daher wir die Freiheit als Möglichkeit einer Wahl, oder eines Willens bestimmen können.

Für die Freiheit des Menschen haben wir eine Schranke in seiner Eigenschaft als Naturwesen gefunden, sie ist eine endliche Freiheit. Diese Schranke ist gegeben durch ein außer der Freiheit Liegendes, nicht durch sie selbst, sie ist eine äußerliche. Der Mensch erkennt sie durch die Vernunft, sein Wille ist ein unvernünftiger, wenn er diese Grenze zu durchbrechen sucht, wenn er auf etwas natürlich Unmögliches sich richtet, sei es daß die Natur des Körpers oder der Seele das Gewählte versagt. Aber indem diese Schranke eine der Freiheit äußerliche ist, wird diese selbst in ihrem Innern dadurch nicht modificirt, sie ist innerlich noch unbeschränkt; ihr Inhalt ist nicht dadurch bestimmt, er wäre unendlich, wenn sie nur jene äußerliche Grenze hätte. Wir können also jene Beschränkung so wenig eine der Freiheit selbst nennen, als wir z. B. einem unumschränkten Herrscher dieses Prädicat versagen, weil seine Herrschaft sich nicht über die Grenze seines Reichs hinaus erstreckt, oder den für unumschränkter halten, der über ein Land von größerem Umfang zu gebieten hat.

Diese Bemerkung ist deswegen nicht überflüssig, weil man die Vernunft nicht selten als eine Modification der Freiheit angesehen, und mit dem Prädicat einer vernünftigen Freiheit den Inhalt derselben zu bestimmen geglaubt hat.

Der Inhalt der menschlichen Freiheit wird nicht durch die Naturnothwendigkeit, die ihr als äußere Grenze gegenübersteht, bestimmt, und daher auch nicht durch die Vernunft gezeigt; er wird bestimmt durch die Existenz eines göttlichen Willens. Das Verhältniß der menschlichen Freiheit zu der unendlichen Freiheit und Allmacht Gottes giebt jener ihren Inhalt.

Dieses Verhältniß knüpft sich allerdings an die Thatsache, daß der Mensch nicht lauterer Geist, sondern zugleich Naturwesen ist, daß also seiner Freiheit eine Naturnothwendigkeit gegenüber steht, dieß allein aber würde seiner Freiheit noch keinen besonderen Inhalt geben. Diesen erhält die Freiheit des

Menschen erst dadurch, daß über ihm ein Wesen existirt, welches lauterer Geist und lautere Freiheit, das durch keine Naturnothwendigkeit gebunden, dem auch die Natur nur sein freier Wille, das mit einem Wort allmächtig ist. Erst durch das Dasein Gottes erhält die menschliche Freiheit ihre innere Bestimmung. Sie würde von jener unendlichen Freiheit absorbirt werden, wenn nicht ein Verhältniß zwischen beiden gesetzt wäre, nach welchem die des Menschen durch die göttliche bestimmt wird.

Durch die Feststellung dieses Verhältnisses wird sich der concrete Begriff der menschlichen Freiheit ergeben.

Die Freiheit ist dem Menschen nicht dazu gegeben, daß sein Wille in sich selbst sein Ziel und seine Richtschnur habe, — in diesem Fall wäre seine Freiheit innerlich unbeschränkt, der Mensch wäre gleich wie Gott, nur mit dem Unterschied der äußeren Beschränkung durch die Natur, ein Gott, wie die, von denen Jesaias sagt; sie sind Wind und eitel, und Elias: er dichtet, oder hat zu schaffen, oder ist über Feld, oder schläft vielleicht. Dieß ist die Freiheit, von der die Atheisten träumen, eine unendliche Kraft in einem irdenen Gefäß, ein eherner Coloß auf thönernem Gestell. Der Mensch hat die Freiheit, auf daß er durch seine freie Bestimmung den Willen Gottes ausführe. Der Wille Gottes soll geschehen; die übrigen Geschöpfe werden durch eine Naturnothwendigkeit dazu getrieben, der Mensch soll durch seinen Willen dem Willen seines Schöpfers unterthan und gehorsam sein. In dem Gehorsam gegen Gott liegt die wirkliche Freiheit. Die Freiheit des Menschen besteht nicht darin, daß er keinen Herrn über sich habe, sondern darin, daß er diesem Herrn sich selbst und freiwillig zu unterwerfen die Macht hat, daß seine Unterwerfung unter den höheren Willen nicht äußere Nothwendigkeit, sondern sein Gehorsam ist.

So ist also der Inhalt der menschlichen Freiheit die Wahl, sich entweder der Herrschaft Gottes zu unterwerfen, sich zu einem Knecht Gottes zu machen, oder einer ungöttlichen Lust, „des Herzens Gelüsten" zu folgen, Knecht der Sünde zu sein; mit andern Worten: entweder in dem Licht des Geistes Gottes, der wirklichen Freiheit zu wandeln, oder in der Finsterniß der Natur, der falschen Freiheit. Wählt der Mensch das zweite, so entrinnt er nicht etwa der Allmacht Gottes, die ihn umschlösse, und wenn er „Flügel der Morgenröthe" nähme; er ist ihr unterworfen wie die übrige Creatur, nur ohne das menschliche Vorrecht eigener Bestimmung und unter der Drohung des Gerichts, dessen ihn der Mißbrauch des göttlichen Geschenks der Freiheit schuldig macht.

Der concrete Begriff der menschlichen Freiheit ist daher: sie ist die Wahl zwischen Gutem und Bösem.

B. Von dem Recht.

IV. Vermöge der Freiheit ist der Mensch Subject des Rechts. Seine Freiheit ist das Fundament des Rechts, alle Rechtsverhältnisse sind ein Ausfluß derselben. So ist in der ältesten Urkunde, die wir besitzen, die Fähigkeit des Rechts an die Gottähnlichkeit angeknüpft: Lasset uns Menschen machen, in unserem Bild, nach unserem Gleichniß, die da herrschen über die ganze Erde. In den Rechten aller Völker nimmt die Freiheit, nur mehr oder weniger sichtbar und lauter, diese Stelle ein. Der Charakter dieser rechtlichen Freiheit ist nun näher zu bestimmen.

Der Mensch ist Subject des Rechts darum, daß ihm jene Möglichkeit, sich zu bestimmen, zukommt, daß er einen Willen hat. Nicht erst durch den Gott

gefälligen Gebrauch der Freiheit wird er zum berechtigten Wesen, nicht dadurch erst, daß er sich zum Guten entschließt, zum Gehorsam gegen Gott. Hierin liegt der Unterschied des Rechts von der Moral. Diese bleibt nicht bei jener Möglichkeit stehen, ihr ist der Mensch nicht bloß darum etwas, weil er jene Wahl hat. Sie geht sofort und unaufhaltsam über zur Entscheidung selbst, erst durch diese wird der Mensch zum wirklichen Subject der Moral. Moralisch frei ist der Mensch erst dadurch, daß er sich für das Gute entscheidet, und damit von der Herrschaft des Bösen befreit ist, wenn auch noch im Kampf mit ihm. Dieser Kampf mit dem Bösen, der schon eine Befreiung von ihm voraussetzt, ist das Feld der Moral. Rechtlich frei dagegen ist der Mensch, welche Wahl er auch getroffen haben möge, der Sünder eben so wohl als der Gerechte, eben weil er es schon dadurch ist, daß ihm die Wahl zusteht. Nicht die Entscheidung selbst, sondern die Möglichkeit derselben ist die Basis des Rechts. Die moralische Freiheit ist die Freiheit von der Knechtschaft der Sünde, die rechtliche Freiheit ist die Möglichkeit eines Willens überhaupt.

Dieß ist ausgesprochen in jener ältesten Geschichte von der Schöpfung des Menschen und seinem Fall. Das Recht ist dem Menschen in der Herrschaft über die Erde vor jener Entscheidung gegeben, und es ist durch den Sündenfall nicht zurückgenommen. Dieser hat nur die rechtliche Macht und die wirkliche Ausübung, Recht und Factum, entzweit; wie er den Menschen mit der Natur in Kampf gesetzt hat, welcher nun abgerungen werden muß, was dem Menschen gebührt, und was sie nicht mehr freiwillig gewährt, wie also gegenüber der Natur rechtliche und factische Herrschaft geschieden ist, so hat er das Unrecht, d. h. die Trennung der factischen und rechtlichen Macht unter den Menschen, hervorgebracht. Das Recht selbst ist dem Sündenfall vorangegangen, und es hatte vor ihm ein vollkommeneres Dasein, da die rechtliche Herrschaft ununterbrochen mit der factischen verbunden war.

In der Gründung des Rechts auf die Möglichkeit eines Willens ist auch das eigenste Princip des Rechts ausgesprochen, das der Gleichheit. Das Recht ist die Anerkennung der Freiheit, die den Menschen als Subjecten der Willensmacht gleichmäßig zukommt. Seinen Stoff und Inhalt erhält es durch den Trieb des Menschen, das außer ihm Seiende auf sich zu beziehen; seine Aufgabe ist, auf die Verhältnisse, die durch diesen Trieb entstehen, das Princip der Gleichheit anzuwenden.

V. Das Recht, haben wir gesehen, faßt den Willen nicht in seiner Entscheidung für das Gute oder Böse auf, sondern den bloßen Willen selbst, als Potenz, als Macht.

Wie äußert sich nun dieser rechtliche Wille, wie wird er wirksam?

Es wird eine Aeußerung sein, bei welcher die Entscheidung für gut oder bös außer Ansatz bleibt, die ebenso wohl das eine als das andere sein kann. Wie die rechtliche Freiheit selbst nur die Möglichkeit jener Wahl ist, so muß auch ihre Aeußerung noch indifferent in dieser Beziehung sein. Ein Act ist nicht darum rechtlich, weil er moralisch, nicht unrechtlich, weil er unmoralisch ist.

Die rechtliche Freiheit äußert sich

1) in den Personen selbst, denen sie zusteht, dadurch also, daß sie einem Subject zugeschrieben, von ihm getragen wird, so daß in demselben die Möglichkeit eines rechtlichen Willens anerkannt wird. Schon hier zeigt sich jene Indifferenz gegen die moralischen Qualitäten. Dem strengen Rechtsbegriff nach ist es gleich, ob die Person ein guter oder ein böser Mensch sei, einer ist

so gut Rechtssubject als der andere, denn jeder ist Willenssubject; gut und böse sind Prädicate des Menschen, nicht der Person, der Stellung des Menschen im Recht. Die Freiheit äußert sich

2) in der Thätigkeit der Personen als solcher. Diese Thätigkeit ist der Wille, aber nicht in seiner Entscheidung für gut und böse, sondern als Potenz oder Macht. Die Beziehung des Willens als Macht auf einen Gegenstand ist die Unterwerfung desselben, deren Resultat die Herrschaft über ihn ist. Auch bei dieser Herrschaft, in der sich die rechtliche Freiheit äußert, kommt es nicht auf ihre moralische Qualificirung an. Die rechtliche Macht z. B. über eine Sache, das Eigenthum, muß anerkannt werden, auch wenn der Eigenthümer den moralisch schlechtesten Gebrauch davon machte, und wenn sie in den Händen eines Andern eine dem menschlichen Wohl bei weitem zuträglichere Anwendung finden würde.

VI. Das Recht ist sonach die Anerkennung der rechtlichen Freiheit, die sich in den Personen und ihrem Willen, ihrer Einwirkung auf die Gegenstände äußert. Es ist selbst ein Wille, zunächst Gottes, sodann der Gesammtheit von Menschen, die durch dasselbe verbunden sind, ein Wille, der auf die Anerkennung der Person und ihres Willens gerichtet ist.

Ein doppelter rechtlicher Wille ist hier genannt worden: der Wille der Gesammtheit, und der Wille des Einzelnen, der durch jenen anerkannt wird, insofern er ihm entspricht. Für beide wird das Wort Recht gebraucht.

Wir gebrauchen das Wort Recht

1) für den allgemeinen Willen, den Willen der Gesammtheit, die etwas als Gebot der rechtlichen Freiheit, als eine Vorschrift, als einen Satz, der durch sie gegeben ist, erkennt. Recht ist also hier eine Rechtsvorschrift, ein Rechtssatz, oder ein Inbegriff von solchen. Diese Rechtssätze, die das Recht eines Volkes bilden, sammeln sich in gewisse Massen, nach den Verhältnissen, die sie bestimmen; solche Massen von Rechtssätzen heißen Rechtsinstitute. So nennt man z. B. das Eigenthum ein Rechtsinstitut, insofern wir dabei die Masse von Rechtssätzen denken, die es betreffen. Das Recht besteht aus Rechtsinstituten, diese wieder aus einzelnen Rechtssätzen. Das Wort Recht wird aber auch gebraucht

2) für den Willen des Einzelnen, sofern er jenem allgemeinen Willen entspricht, für die Herrschaft oder Macht (wie man auch sagt, die Befugniß), die der Person über einen Gegenstand gegeben ist. Ein solches Recht, welches der Person zusteht, läßt sich in einzelne Befugnisse zerlegen, die darin liegen, wie z. B. in der vollkommenen Macht über eine Sache, dem Eigenthum, die Befugniß, die Sache zu besitzen, ausschließlich zu gebrauchen u. s. f., enthalten ist. Hinwiederum sammeln sich die Rechte selbst in der Wirklichkeit zu Complexen, die man Rechtsverhältnisse nennt. Personen stehen in Rechtsverhältnissen, heißt: sie sind in rechtliche Beziehungen zu einander getreten, dieß aber geschieht eben dadurch, daß die Rechte, die ihnen zustehen, in den Personen einen Zusammenhang unter einander erhalten haben.

Wir haben hier (bei dem Recht in der zweiten Bedeutung) drei mit einander verwandte Begriffe aufgestellt: Befugniß, Recht (als Macht), Rechtsverhältniß. Es ist schon an diesem Ort zu erinnern, daß unter ihnen nur der Begriff des Rechts, der Macht über einen Gegenstand, ein vollkommen bestimmter ist. Die Befugnisse, aus denen ein solches Recht besteht, erhalten erst durch dieses ihre Bestimmung, und haben für sich gar keinen genau erkenn-

baren Charakter, wie z. B. die Befugnisse, eine Sache zu gebrauchen, zu besitzen, und daher einem Andern abzufordern oder zu versagen, als Inhalt sehr verschiedener Rechte vorkommen und dadurch einen verschiedenen Charakter erhalten können. Es gab eine Zeit, wo man geneigt war, die Rechte in ihre Befugnisse zu zersplittern, und darüber den Begriff der Rechte selbst hintan zu setzen.[a]) Neuerdings dagegen hat man das andere Extrem, die scheinbare Compactheit der Rechtsverhältnisse als Grundlage der Theorie vorgezogen. Inwieweit die Rechtsverhältnisse einer bestimmten Auffassung und eines Systems fähig sind, wird unten gezeigt werden (§ 21. 22), über diese Grenze hinaus verlieren sie sich in die zufälligen und unendlichen Gestaltungen des lebendigen Verkehrs, bei denen das Geschäft des Juristen eben darin besteht, die Rechte, die hier für die nichtjuristische Anschauung in eine unterschiedlose Masse zusammengeflossen, in einen bunten Knäuel verwickelt sind, zu sondern und zu entwirren, um die rechtliche Bedeutung des Verhältnisses zu bestimmen.

Man pflegt die beiden Bedeutungen des Wortes Recht, die nun erklärt worden sind, dadurch zu unterscheiden, daß man die erste die objective, die zweite die subjective, also den Rechtssatz Recht im objectiven Sinn, die rechtliche Macht (oder Befugniß) Recht im subjectiven Sinn nennt. Diese Ausdrücke sind übel gewählt. Vor allem entbehren sie der nöthigen Deutlichkeit, aber wenn man diesem Mangel auch zu Hülfe käme durch die Erklärung, das erste habe den Menschen zum Object, das zweite zum Subject, so würde dadurch nur ihre Unrichtigkeit zu Tage gebracht werden. Denn das Recht im ersten Sinn, als allgemeiner Wille, ist auch Wille des Menschen, hat ihn also zum Subject, und hinwiederum kann der Mensch Object einer Herrschaft, eines Rechts im zweiten Sinn sein. Man wird daher diese ungeschickte Bezeichnung besser fallen lassen.

Das Verhältniß beider Begriffe, des Rechtssatzes und der rechtlichen Macht, ist dieses, daß jener die Voraussetzung dieser ist, diese aus jenem hervorgeht.

VII. Das Verhältniß des Rechts zur Moral ist oben berührt worden. Es ergiebt sich daraus, daß die rechtliche und moralische Auffassung der Verhältnisse, wenn sich jede als die ausschließliche geltend machen würde, in einen feindlichen Gegensatz gegen einander treten müßten. Wie das Recht die Entscheidung für das Gute oder Böse, so würde die Moral den Anspruch des Willens als Potenz ignoriren. Dieser Punct ist wissenschaftlich und praktisch für das Recht so wichtig, daß wir uns einer näheren Betrachtung desselben nicht entschlagen können. Jener Conflict zerrüttet die Gemüther der Einzelnen, er ist es auch, der die verderblichsten Unordnungen in den Staaten veranlaßt hat. Die Auflehnung gegen den Rechtszustand überhaupt, nicht bloß gegen eine besondere Gestaltung desselben, der Kampf gegen das Eigenthum, welcher sich von Zeit zu Zeit und so auch in unsern Tagen erhebt, hat jenen Ursprung. Welche Aufgabe das Recht in dieser Beziehung habe, um diesem Conflict zu begegnen, wird unten zu erwähnen sein (§ 8. 9), hier soll er zunächst aus dem Standpunkt der Moral erwogen werden.

Wie die Erfahrung lehrt, daß eine unvollkommene Auffassung des Mora-

---

a) Ein Beispiel giebt die Definition des Eigenthums, die unter andern bei Mühlenbruch so lautet: die Befugniß, die Sache zu besitzen, zu gebrauchen, darüber auf jegliche Art zu verfügen, und sie von jedem Besitzer zu vindiciren!

lischen, oder praktisch eine verkehrte moralische Bildung, zu einer feindseligen Stimmung gegen das Recht geführt hat, so ist es gerade der wahre Charakter der Moral, der jenen Zwiespalt verhütet.

Die Möglichkeit der Wahl ist der Moral allerdings nicht das, wobei sie sich beruhigen könnte, sondern nur die Voraussetzung für die Entscheidung; sie ist ihr etwas nur in der wirklichen Entscheidung selbst. Aber indem die Moral die Entscheidung nicht als etwas ein für allemal abgethanes, sondern als ein fortdauerndes, sich immer wiederholendes, als ein veränderliches betrachtet, indem sie einen Abfall zum Bösen, eine Rückkehr zum Guten anerkennt, drängt sich ihr die Möglichkeit der Entscheidung als ein Moment von dauernder Wichtigkeit auf. Sie kann daher der rechtlichen Gleichheit der Personen nicht abwehrend entgegentreten, da sie selbst vielmehr eine solche Gleichheit darin statuirt, daß sie das Element, worauf sie beruht, als ein auch in ihrer Sphäre fortdauernd wirksames, und auch im Sünder die Möglichkeit der Umkehr anerkennt; sie fordert nicht bloß die Liebe des Gerechten, sondern auch des Sünders. Die Moral geht also mit dem Recht, nur geht sie weiter als dieses.

Von einem feindlichen Verhältniß zwischen ihnen könnte daher nur die Rede sein, wenn das Recht für die Moral ein Hinderniß des Fortgehens würde von dem ihnen gemeinschaftlichen Punkt: der möglichen zur wirklichen Entscheidung. Aber auch dieß ist nicht der Fall. Es wird verhütet dadurch, daß die unmittelbare Wirksamkeit des Rechts und der Moral in zwei verschiedene Gebiete fällt, jene in die äußeren Verhältnisse, diese in die Gesinnung. Wenn nun das Recht ein Verhältniß als ein rechtliches anerkennt und in Schutz nimmt, von dem man glauben möchte, moralisch genommen würde es anders zu ordnen sein, wenn es z. B. den in seinem Eigenthum schützt, der einen unmoralischen Gebrauch davon macht, so ist dieß deswegen keine Beeinträchtigung oder Hemmung der Moral, weil dieser die äußeren Verhältnisse an sich gleichgültig sind, weil die moralische Kraft in der Gesinnung, nicht in den Mitteln liegt. Die arme Wittwe, welche ihr Scherflein giebt, ist nicht weniger wohlthätig, als der Reiche, welcher in demselben Verhältniß eine große Summe darreicht, sowie der seinen Bruder haßt, moralisch ebenso gut ein Mörder ist, als der ihm das Leben nimmt. Und so wie die äußeren Verhältnisse die Erfüllung der moralischen Gebote nicht hemmen, so vermögen sie dieselbe auch nicht herbeizuführen: „und wenn ich alle meine Habe den Armen gäbe, und ließe meinen Leib brennen, und hätte der Liebe nicht, so wäre es mir nichts nütze."

Der Vernichtungskrieg gegen das Recht von dem moralischen Standpunkt aus ist eine Versetzung des letzteren auf ein ihm fremdes Gebiet, sei es daß sie aus Beschränktheit der Erkenntniß oder aus jener furchtbaren Heuchelei heraus geschehe, die in unsern politischen Fragen eine so ausgebreitete Herrschaft führt. Wer seinen Antheil an den Gütern der Erde begehrt, der mag sich darauf berufen, daß auch ihm in der Person des ersten Menschen die Herrschaft über die Erde gegeben ist, aber er muß anerkennen, daß dieß ein Rechtssatz, keine moralische Vorschrift ist, er muß die Bahn zu diesem Ziel einschlagen, die ihm das Recht eröffnet. Beruft er sich auf eine angebliche Moral, die dem Recht, die dem Eigenthum widerspreche, während die wahre Moral die äußeren Güter als Spreu, wenn nicht als einen Fels des Aergernisses erkennt, so ist er ein Thor oder ein Heuchler, den unter leichter Verhüllung die Begierde nach dem Götzen verzehrt, den er im Besitz Anderer befeindet.

C. Entfaltung des Rechtsbegriffs in der Geschichte.

VIII. Das Recht ist dem Menschen gleich von Anfang in die Welt mitgegeben, als eines der Bande, welche die Menschen umschließen und ihre irdischen Verhältnisse bestimmen.

Die Individualitäten, welche die Welt erfüllen, würden ohne ein Band sich zerstören und aufreiben. In dem Reich der Natur sind es die Gattungen und Arten, welche dieses Band bilden, das die Ungleichheiten zusammenhält. Jedes Naturding ist eine Individualität, und als solches dem andern ungleich, nur in verschiedenem Grade; je höher es auf der Leiter der Geschöpfe steht, desto vollkommener tritt die Individualität hervor; aber jedes ist dem Gesetz seiner Art und Gattung unterworfen, die Degeneration, welche der Sünde im Reich des Geistes vergleichbar ist, verdirbt das Individuum und vernichtet es. Wir bemerken in der Natur ein mächtiges Streben nach Individualisirung, also nach dem Ungleichen, das durch jenes Gesetz („ein jegliches nach seiner Art") gebunden ist, und nur zuweilen dasselbe, wie zum Zeugniß einer eingetretenen Verletzung der ursprünglichen Ordnung, durchbricht.

In dem Reich des Geistes sind es geistige Bande, welche die verschiedenen Individualitäten zusammenzuhalten bestimmt sind. Denn in dem mit der Natur behafteten Geist ist derselbe Drang, sich von dem Mitseienden zu unterscheiden, welcher, unbeherrscht, zum Stolz, zur Selbstsucht und zum Hasse führt. Durch diesen Drang wird die Verschiedenheit der menschlichen Verhältnisse hervorgetrieben, die ein Band bedarf, um nicht in ein bellum omnium contra omnes sich aufzulösen.

Deshalb sind dem Menschen zwei Führer gegeben, durch die jener Trieb nicht unterdrückt, aber leitend beherrscht werden soll. Der eine ist die Liebe, welche den jenem Trieb des Egoismus entgegengesetzten Sinn, den der Ergebung, hervorbringt und das Individuum antreibt, sich dem Andern zu assimiliren. Von ihr ist daher im Gegensatz gegen jene Auswüchse des Geisteslebens gesagt: „sie blähet sich nicht, sie suchet nicht das Ihre, sie läßt sich nicht erbittern." Auf dieser Liebe beruhen die natürlichen Verbindungen der Menschen: Ehe und Familie, in welcher die Familienliebe wirkt, die Volksverbindung, deren Seele die Liebe des Vaterlandes ist, und die Gemeinschaft aller Menschen, auf die sich die allgemeine Menschenliebe (die Nächstenliebe) bezieht. Ueber allen diesen steht die Liebe zu Gott, als die wahre Mutter derselben.

Der zweite Führer ist der Sinn des Rechts, welches eben so die Gleichheit zu schützen bestimmt ist, indem es die individuellen Ungleichheiten dem Allen gleichmäßig Zukommenden: der Persönlichkeit, der Möglichkeit eines Willens, unterwirft und dem Trieb des Menschen, das Andere auf sich zu beziehen, es sich zu unterwerfen, indem es ihn gewähren läßt, Schranken setzt.

Auf der natürlichen Ungleichheit der Menschen und Verhältnisse beruht die Mannigfaltigkeit des Rechts; jene ist der Stoff des Rechts, den es zu überwinden und auszugleichen hat, der aber selbst auf diese seine Form zurückwirkt und eine Verschiedenheit in sie bringt. Das Recht hebt an dem Menschen die Persönlichkeit hervor, aber es anerkennt eine Verschiedenheit der Persönlichkeit. Die Verschiedenheiten der Menschen überwindet es, nicht indem es sie negirt, sondern indem es sie zu Verschiedenheiten der Personen macht, und so beherrscht. Der Mensch ist Person als Einzelner, als Familienglied, als Volksglied, als Glied der Kirche, es besteht eine rechtliche Verschiedenheit unter diesen Persönlichkeiten, die Rechtsverhältnisse sind nach dieser Stellung des

Menschen andere, es entsteht dadurch eine Mannigfaltigkeit von Rechtsinstituten. An der Thätigkeit der Personen hebt das Recht das hervor, daß sie eine Unterwerfung von Gegenständen ist, eine Herrschaft gewährt, aber diese Herrschaft wird verschieden nach den Gegenständen, es entsteht eine Mannigfaltigkeit von Rechten, die der Mensch erwerben kann: Eigenthum, Forderung, Gewalten.

So geht der Zug des Rechts nach einer Gleichheit, die der rechtlichen Anschauung der Dinge ein hartes und kaltes Ansehen giebt, und der weichen Phantasie, der spielenden Lust der Gefühle unheimlich erscheint. Die Vielseitigkeit des menschlichen Wesens wird im Recht zu dem farblosen Begriff der Person zusammengezogen, es läßt den Reichthum der äußeren Natur zu dem gleichmachenden Begriff der Sache einschwinden, und für den gesammten, unendlich mannigfaltigen Verkehr der Menschen reichen ihm die Begriffe Forderung und Verbindlichkeit aus. Aber das Recht will nach seinen Früchten beurtheilt werden. Unter dieser kalt anzufühlenden Decke regt und bewegt sich das warme Leben in aller seiner Mannigfaltigkeit, nicht gehindert oder unterdrückt, sondern gefördert und geschirmt. Das, was dem überschwänglichen Gefühl als ein Raub an dem Reichthum des mannigfaltigsten Daseins erscheint, ist gerade das Element, welches den Untergang der Individualitäten verhindert. Die rechtliche Ordnung ist dem Verstand zu vergleichen, der in dem üppigen Durcheinander des Waldes die Bäume und Gesträuche richtet und lichtet, die einander zu ersticken drohen, und dessen Thätigkeit doch einen kindlichen Unmuth zu erregen nicht verfehlt.

IX. Die Entwickelung des Rechts beruht auf einer doppelten Aufgabe, die es zu lösen hat. Auf der einen Seite hat es zur Herrschaft über das Ungleiche und Individuelle zu gelangen, es darf nicht von ihm beherrscht werden; erst wenn dieß erreicht ist, wird der Begriff des Rechts zu seiner Reinheit gelangt sein. Dazu gehört vor allem, daß die Persönlichkeit, die den Menschen gleichmäßig zukommende Eigenschaft als das Grundprincip des Rechts erkannt und in Wirksamkeit gesetzt, und jede natürliche Verschiedenheit der Individuen dieser Gleichheit untergeordnet, und als eine von ihr beherrschte anerkannt werde. Auf der andern Seite soll aber auch dem Individuellen sein Recht widerfahren, die rechtliche Form soll durch diesen Stoff, unbeschadet der Reinheit des Rechtsbegriffs, bestimmt werden. Die Rechtsinstitute sind so zu gestalten, wie sie den bestehenden individuellen Bedürfnissen entsprechen. Wir können das Recht von der ersten Seite das strenge, von der zweiten das billige Recht nennen.

Der Begriff des Rechts ist von der Zeit an, wo der Mensch aus seinem ursprünglichen Verhältniß zu Gott heraustrat, nur allmählich zu seiner Entfaltung gekommen. Einen Wendepunkt macht in der Geschichte des Rechts die Entstehung der Völker. Vor diesem Zeitpunkt war die Menschheit bloß in Familien geschieden, zwischen denen kein rechtliches Band bestand. In den einzelnen Familien selbst aber war der Rechtssinn noch durch das Uebergewicht der persönlichen Liebe, auf welcher die Familie beruht, unterdrückt.[a]) Als die

a) Eine Spur dieser Ansicht findet sich in dem, was die römischen Juristen von dem ius naturale, als einem von dem ius gentium und ius civile verschiedenen Recht sagen L. 1 § 3. L. 4. 5 D. de iust. et iure (1, 1.) Sie verstehen darunter das Recht vor Entstehung der Völker, das Recht der Menschen, die wir nicht als Glieder eines Volks denken. Sie rechnen dahin vornehmlich die Familienverhältnisse, ihrer natürlichen Grundlage nach, also abgesehen von ihrer besonderen Ausbildung bei den Völkern. Daher sagen sie auch: iure naturali sind alle Menschen frei, denn

Zeit gekommen war, trat zwischen die Familie und die Menschheit eine andere Verbindung in die Mitte, das Volk, eine durch gemeinsame Abstammung, Sprache, Wohnplätze zusammengehaltene Gemeinschaft. Auch die Glieder des Volks sind durch eine Liebe verbunden, ohne die überhaupt keine natürliche Verbindung denkbar ist, aber nicht durch jene persönliche, sondern durch die Liebe der Heimath und des Vaterlandes. Diese erstreckt sich auch auf die Genossen der Heimath, aber nicht auf die Individuen als solche; gegen die Individualitäten der Vaterlandsgenossen läßt sie ein gleichgültiges Verhalten zu. Auch wenn wir von der Vaterlands- und Volksliebe durchdrungen sind, kann uns ein Individuum fremder Nation als solches, in allen individuellen Beziehungen, näher stehen, als ein Landsmann. An die Stelle der Liebe des Individuums, welche der reinen Entwicklung des rechtlichen Bewußtseins sich entgegensetzt, tritt im Volk gegenüber den Volksgenossen die Anerkennung und Achtung der Person, des Willenssubjects, und die rechtliche Auffassung der Verhältnisse kommt frei und mit Macht empor. Die Autorität, auf welcher die Ordnung in der Familie beruht, ist die des Familienhaupts, dessen Gebote die Familiengenossen in liebender Ehrfurcht empfangen. Das Volk hat kein solches natürliches Haupt, hier tritt die rechtliche Ordnung selbst an die Spitze und setzt ein Haupt, eine Obrigkeit, ein, durch welche sie aufrecht erhalten wird. So kommt erst in den Völkern das Recht in eine Stellung, die seine reine Entwicklung möglich macht, erst mit den Völkern beginnt die eigentliche Geschichte des Rechts.[b])

Die Völker selbst sind verschiedene Individualitäten, von ungleicher Art und Richtung. Diese Individualität ist es, was wir den Volkscharakter nennen. Daher sind die Rechte der Völker verschieden, die Eigenthümlichkeit eines Volks zeigt sich in seinem Recht, wie in seiner Sprache und Sitte. Die Verschiedenheit der Rechte ist theils eine gleichzeitige (zwischen den Rechten neben einander existirender Völker), theils eine successive. Schon in dem einzelnen Volke tritt diese successive Verschiedenheit ein, das Recht desselben durchlebt eine Bildungsgeschichte; eben so giebt es einen Bildungsprozeß des Rechts durch die ganze Menschheit, an dem jedes Volk seinen besondern Antheil hat. Jedes Volk ist ein Glied der großen Kette, die von dem in die Nacht zurückgetretenen Anfang des jetzigen Weltalters bis zu seinem kommenden Ende reicht. Das Recht des einzelnen Volks ist nicht bloß ein dieser Volksindividualität angehöriges, — als solches erscheint es, wenn wir uns auf die Gleichzeitigkeit der Völker

---

die Unfreiheit ist erst durch die Kriege zwischen den verschiedenen Völkern entstanden; sie führen darauf die Abweichungen von der strengen Ansicht, wonach die Sclaven durchweg als Sachen zu behandeln wären, zurück (darauf geht L. 64 D. de cond. ind. 12, 6). Es ist ihnen das Recht, zu welchem die Menschen durch eine Art natürlichen Instincts getrieben werden, der gewissermaßen auch auf die Thiere wirkt: ius naturale est quod *natura* (nicht naturalis *ratio*) omnia animalia docuit; es beruht auf einem dunklen Trieb, nicht auf dem vollen Bewußtsein. [Vgl. M. Voigt, Ius naturale I § 52 ff.]

b) Die römischen Juristen bezeichnen diesen Fortschritt mit dem Ausdruck ius gentium. Hier sind (L. 5 D. de iust. et iure) die Völker geschieden, die Reiche gegründet, das Eigenthum getrennt, die Aecker begrenzt, feste Wohnsitze errichtet, der obligatorische Verkehr eingesetzt. Das Recht ist zum Bewußtsein gekommen, das ius gentium gründet sich auf die naturalis *ratio*. [Ueber naturalis *ratio* vgl. jetzt Leist, Civilistische Studien IV. 1877]. — Von dieser philosophischen Auffassung des ius gentium durch die römischen Juristen ist die praktische Bedeutung zu unterscheiden, welche der Begriff für die Römer hatte; von dieser wird in der Geschichte des römischen Rechts die Rede sein.

beschränken —;[c]) in der Succession der Völker gehört es zugleich der ganzen Menschheit.

Jener Bildungsgang des Rechts läßt sich von Glied zu Glied durch die Völker hindurch, die einander gefolgt sind, theils ahnen, theils erkennen. Nur allmählich hat der Rechtsbegriff zu größerer Lauterkeit und Klarheit sich entfaltet, durch stufenweises Abstreifen der ihn deckenden und trübenden Hüllen. Er hat in dem römischen Volk die Vollendung erhalten, die ihm im Alterthum zu erreichen bestimmt war, und ist von diesem auf die neue Welt überliefert, in welcher er einen neuen Bildungsweg begonnen hat.

Wir dürfen sagen, daß jene erste Seite der Aufgabe, die wir als die Beherrschung des Ungleichen bezeichnet haben, im römischen Recht gelöst ist; das Recht, ohne Hintansetzung dieses Gewinnes, auch von der andern Seite zu vollenden, kann als der Beruf der neuen Welt bezeichnet werden. Nicht als ob die Römer dieses Element des Rechts ignorirt hätten; wer dieß glaubte, den würde ein Blick in die Ueberbleibsel ihrer juristischen Literatur eines Besseren belehren können. Aber es ist nur der Anfang, den sie, und nur in einem Theile des Rechts, der ihre vornehmste Aufgabe war, gemacht haben. Mit der größeren Mannigfaltigkeit, die unser äußeres und inneres Leben von dem des Alterthums unterscheidet, ist zugleich die Zahl und das Gewicht der besonderen Verhältnisse und Zustände vermehrt, die das Recht in sich aufnehmen, deren Befriedigung es zur Aufgabe hat.

Zweites Kapitel.

Von der Entstehung des Rechts.

A. Allgemeines.

X. Die Existenz des Rechts, welches die menschlichen Verhältnisse bestimmt und ordnet, beruht auf dem Bewußtsein der Menschen von der rechtlichen Freiheit. Dieses Bewußtsein hat der Mensch von Gott, das Recht ist eine göttliche Ordnung, die dem Menschen gegeben, die von seinem Bewußtsein aufgenommen worden ist.

In dem Bewußtsein des Menschen kommen die Rechtssätze zum Dasein. Auf welchem Wege aber gelangen sie in das menschliche Bewußtsein? Es läßt sich derselbe Unterschied machen, wie für die Religion, — und das Recht selbst ist für die Menschen, welche der Erkenntniß seines Ursprungs noch nicht entfremdet sind, ein Theil der Religion. Das Recht gelangt in das menschliche Bewußtsein theils auf dem übernatürlichen Weg der Offenbarung, — unsere heiligen Bücher schreiben den ersten Rechtsausspruch Gott zu —, theils auf dem natürlichen Weg eines dem menschlichen Geist eingeborenen Sinnes und Triebes. Wir haben es hier nur mit dieser natürlichen Entstehung des Rechts

---

c) Dabei sind die römischen Juristen stehen geblieben, indem sie jenen Fortschritt des Rechts von dem ius naturale zu dem ius gentium sein Ziel in dem ius civile, dem eigenthümlichen Recht des einzelnen Volks finden lassen, worin die Aufgaben gelöst sind, die das ius naturale und das ius gentium zurückgelassen haben.

zu thun, bei welcher der eigentliche Schöpfer sich verbirgt, und das Recht als eine Schöpfung des menschlichen Geistes erscheinen, ja es in seiner weiteren Entwicklung und Ausbildung eine menschliche Hervorbringung nicht bloß scheinen, sondern werden läßt.

Dieses menschliche Recht setzt ein gemeinsames Bewußtsein als seine Quelle voraus. Ein Rechtssatz ist es dadurch, daß er in der gemeinsamen Ueberzeugung derer, für die er gilt, als solcher anerkannt ist. Das Recht ist der gemeinsame Wille der Rechtsgenossen. Durch dieses gemeinsame Rechtsbewußtsein, wie durch eine gemeinsame Sprache, und durch eine gemeinsame Religion, wenn diese eine natürliche ist, sind die Glieder eines Volks verbunden zu einer auf leiblicher und geistiger Verwandtschaft beruhenden, über die Innigkeit des Familienbandes hinaus sich erstreckenden, durch eine Scheidung der Menschheit entstandenen Vereinigung. Das Bewußtsein, welches die Glieder eines Volks als ein gemeinsames durchdringt, das mit ihnen geboren ist, und sie geistig zu Gliedern dieses Volks macht, mit einem Wort der Volksgeist ist die Quelle des menschlichen oder natürlichen Rechts, der rechtlichen Ueberzeugungen, die sich in den einzelnen Gliedern bethätigen.

Die Folge dieser Entstehung ist die Verschiedenheit des Rechts nach den Völkern; die Eigenthümlichkeit der Rechtsansichten gehört nicht weniger zu den charakteristischen Merkmalen verschiedener Nationalität, als die der Sprache. Wie die Gemeinschaft des Rechts eines der geistigen Bande ist, die ein Volk zusammenhalten, so bildet die eigenthümliche Entwicklung des Rechtsbewußtseins eines der Elemente, welche ein Volk von den übrigen scheiden. Wenn ein Volk in mehrere auseinander geht, so wird zwischen diesen die Verwandtschaft im Recht wie in der Sprache sichtbar bleiben, auf der andern Seite wird aber jedes dieser Völker sich in beiden Hinsichten eigenthümlich entwickeln. Diese Erscheinung können wir z. B. bei den Völkern, die aus dem germanischen Stamm hervorgegangen sind, auf das deutlichste wahrnehmen. Auch in einem Volk selbst, ohne daß es in mehrere sich scheidet, entstehen doch nationelle, also auf ähnliche Weise wie ganze Völker sich von einander unterscheidende Abtheilungen: ein Volk zerfällt in mehrere Stämme, diese wieder in noch engere Verzweigungen. Diese Abtheilungen eines Volks werden sich in ihren Rechtsansichten durch gewisse Eigenthümlichkeiten von einander unterscheiden, vornehmlich in solchen Punkten, auf welche die Individualität entschieden einwirkt; doch werden diese Besonderheiten durch die dem ganzen Volk gemeinen Rechtsansichten zusammengehalten, von denen jene nur als einzelne und theilweise Abweichungen erscheinen.

So entspricht dem deutschen Volk ein deutsches Recht, wie eine deutsche Sprache, als Eigenthum aller der Stämme und Zweige, in die es sich theilt, und daneben finden wir bei den einzelnen Stämmen im Recht wie in der Sprache die Besonderheiten, welche sie als besondere Stämme erkennen lassen. Das Recht hat seine Provincialismen so gut, als die Sprache.

Darauf beziehen sich die Begriffe des gemeinen und des partikulären Rechts. Diese Begriffe sind an sich relativ; gemeines Recht kann das Recht einer größeren Abtheilung eines Volks genannt werden, im Gegensatz gegen die partikulären Rechte der kleineren, in dieser größeren enthaltenen, und in ihr ihre Einheit findenden Abtheilungen; das Verhältniß beider ist immer wie das der Gattung zur Art. Gewöhnlich aber wird der Ausdruck: gemeines Recht, nur für das dem ganzen Volk gemeinschaftlich angehörende Recht, partikuläres Recht aber für das besondere Recht irgend einer der Abtheilungen, in

die es unmittelbar und mittelbar zerfällt, gebraucht. Wir nennen gemeines Recht nur das, welches nicht wieder eine höhere Gattung über sich hat, zu der es sich als partikuläres verhalten würde.

XI. Es ist gesagt worden, das Recht komme in dem menschlichen Bewußtsein zum Dasein, und dieses Bewußtsein hat sich uns näher als das Volksbewußtsein zu erkennen gegeben. Aber zum wirklichen Dasein des Rechts reicht das bloße Bewußtsein von demselben nicht aus. Eine Realität können wir dem Recht seiner Natur nach nur dann zuschreiben, wenn die Lebensverhältnisse wirklich nach seinen Vorschriften geordnet werden. Das Recht besteht aus Vorschriften, es fordert, daß etwas gethan oder etwas unterlassen werde; das Rechtsbewußtsein ist daher zugleich der Wille, daß, was dem Recht gemäß sei, geschehe.[a]) Mit dem Recht ist die Möglichkeit des Unrechts gegeben, eines factischen Zustandes, welcher den Vorschriften des Rechts nicht gemäß ist. Auf die Realisirung des Rechts, auf die Beseitigung des Unrechts ist der Wille der Rechtsgenossen gerichtet; dieser Wille aber bedarf ein Organ, um ausgeführt zu werden. Dieses Organ nun, worin sich der gemeinsame Wille verkörpert, und wodurch er seine Ausführung erhält, ist die Obrigkeit, durch deren Existenz das Volk ein bürgerliches Gemeinwesen, ein Staat wird.

Dieselbe Kraft, welche das Recht hervortreibt, bildet auch den Staat, ohne welchen das Recht nur ein unvollständiges Dasein, eine prekäre Existenz hätte, ohne den der gemeinsame Wille, auf dem das Recht beruht, mehr ein Wunsch, als ein wirklicher, kräftiger Wille sein würde.

Volk und Staat hängen aufs genaueste mit einander zusammen. Die nationelle Verbindung ist der Grund, auf welchem die politische errichtet wird, sie ist die Seele und das Leben, welches den Organismus des Staats durchdringt. Die Verbindung mehrerer Völker zu einem und demselben Staat ist eine Modification der naturgemäßen Zustände, deren Gelingen auf die Dauer davon abhängt, daß eines der nationellen Elemente mächtig genug ist, die übrigen sich zu assimiliren. Bis dieß geschehen ist, wird, sowie nicht eine gemeinsame äußere Gefahr eine Einheit der Thätigkeit gleichsam erzwingt, inneres Zerwürfniß die Abweichung von dem Wege der Natur begleiten, wenn auch das herrschende Element vielleicht stark genug ist, das widerstrebende durch Gewalt oder List äußerlich zusammen zu halten. Auf der andern Seite kann ein Volk zu mehreren Staaten sich gestalten; bilden die Staaten zusammen ein dem gesammten Volk entsprechendes politisches Ganzes, so ist dies keine Abweichung von der natürlichen Bildung, die Eigenthümlichkeit liegt nur in der größeren Selbständigkeit der Glieder des politischen Ganzen. Eine Anomalie aber würde entstehen, wenn diese Selbständigkeit sich so sehr erweiterte, daß sie die politische Einheit absorbirt, so daß also dem gesammten Volk keine politische Verbindung gleichen Umfangs mehr entspricht. Hier wird die politische

---

a) Ein römischer Jurist, nachdem er den Rechtssinn (iustitia) als einen Willen beschrieben hat (iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi), bezeichnet die Rechtsvorschriften so: Iuris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere (L. 10 D. de iust. et iure 1, 1). Mit den zwei letzteren sollen die Vorschriften bezeichnet werden, die das Verhältniß zu anderen Personen betreffen, und die theils negativer, theils positiver Art sind. An die Spitze wird eine Vorschrift gestellt, welche sich auf die eigene Person bezieht. Der Jurist will damit sagen, es sei noch nicht genug, niemanden zu verletzen und jedem zu geben, was ihm gebührt, um mit dem Recht nicht in Collision zu kommen. Das Recht ahndet auch eine Befleckung der eigenen Persönlichkeit durch ein unwürdiges Verhalten.

Trennung entweder eine innere, nationelle zur Folge haben, das Volk wird in mehrere Völker aus einander gehen, oder, wenn die nationelle Einheit mächtig genug ist, wird es ihr umgekehrt gelingen, die zufällige politische Trennung zu überwinden; in beiden Fällen wird die Anomalie, die eine Zeit lang bestand, wieder aufhören. Der innere Zusammenhang zwischen Volk und Staat zeigt sich auch in dem Verhältniß zum Boden. Jedem Volk ist sein bestimmter Theil der Erde zugewiesen, mit welchem es verwachsen ist, so daß dieses Land mit zu seinem Wesen gehört, und das Volk selbst durch Auswanderung ein anderes wird, wie umgekehrt Einwanderer allmählich von dem nationellen Geist, der gleichsam über dem Lande schwebt, durchdrungen und daher nationalisirt werden.[a]) Eben so ruht auch der Staat auf einem Territorium, auch die Staaten sind Theilungen der Erde.

Dessen ungeachtet sind die Begriffe Volk und Staat wohl zu unterscheiden.

Der Staat ist nicht eine natürliche Verbindung, wie das Volk, wenngleich auf dieser natürlichen Grundlage errichtet. Die Staaten entstehen, wie das Recht selbst, durch den menschlichen Willen. Dieß darf nicht mißverstanden werden. Vor allem ist dieß nur in dem Sinn, wie auch von dem Recht (§ 10) zu behaupten. Wie das Recht, so ist auch der Staat in seinem ersten Ursprung etwas von Gott gegebenes; Obrigkeit und Gehorsam gegen dieselbe sind von Gott, des Menschen Sinn hat das nicht erfunden, aber die Bildung und Entwickelung der Staaten und ihrer Verfassung ist von dem Schöpfer dem menschlichen Weg, der Freiheit, dem Willen des Menschen überlassen worden. Sodann ist es nicht der Wille der Einzelnen, welcher den Staat bildet; dieser würde nie ein organisches Wesen, wie es der Staat ist, hervorzubringen vermögen, und nie ist ein Staat auf diese Weise zu Stande gekommen. Sondern der Wille des Volks, der Wille, den die Menschen als Glieder dieser Verbindung haben, ist die natürliche Quelle des Staats und seiner Verfassung; der Volksgeist bringt den Staat, wie das Recht hervor, indem er die Glieder des Volks in dem Willen, dieser Obrigkeit, als dem Organ des Rechts, sich zu unterwerfen, vereinigt.

Die Philosophen des achtzehnten Jahrhunderts gründeten den Staat auf den Willen des Einzelnen, auf einen Vertrag, den diese mit einander geschlossen hätten, einen Gesellschaftsvertrag, contrat social. Bei den Neueren dagegen hat sich die Ansicht sehr empfohlen, welche den Staat wie ein Naturgewächs betrachtet, dessen Bildung von dem menschlichen Willen unabhängig sei. Beide Theorien sind von der Wahrheit gleich weit entfernt, die Wahrheit einer jeden liegt nur in ihrer Negation der andern.

Aus dem bisherigen ergiebt sich auch das Verhältniß des Staats zu dem Recht. Das Recht entsteht nicht erst durch den Staat, dieser setzt vielmehr ein rechtliches Bewußtsein, ein Recht schon voraus, welches zu schützen seine Hauptaufgabe ist. In dem Irrthum, den Staat als die Quelle des Rechts zu betrachten, bewegen sich die meisten Politiker, von denen die eine Partei das Recht von der Obrigkeit, die andere (um die Begriffe gänzlich auf den Kopf zu stellen) von dem Volk im politischen Sinn, den Regierten im Gegensatz zu dem

---

a) Es giebt ein Volk, welches über alle Länder zerstreut doch ein Volk geblieben ist; eben darum aber ist dieß eine übernatürliche Erscheinung, „ein Wunder vor unseren Augen." Sie zeigt, daß das jüdische Volk, das Volk, welches „der Herr sich zugerichtet," nicht ein Volk ist, wie andere Völker.

Regenten, ausgehen läßt. Beide Ansichten sind unrichtig: der Ursprung des Rechts liegt außerhalb des Staats, und zwar nicht bloß in Beziehung auf seine übernatürliche Entstehung durch Gottes Gebot, sondern auch auf seine natürliche durch den nationalen Willen. Dieser Wille ist nicht der Wille des Volks als eines Bestandtheils des Staats, sondern des Volks als der natürlichen Verbindung, welche das Fundament des Staats ist. Der Staat setzt das Recht voraus, ist aber hinwiederum dessen nothwendige Ergänzung. Beide haben jene übernatürliche und natürliche Entstehung mit einander gemein: sie beruhen auf Gottes Ordnung, und auf dem Willen, den der Mensch als Glied einer Nation hat.

B. Die einzelnen Rechtsquellen.

XII. Die Entstehung des Rechts aus dem Volksgeist ist eine unsichtbare. Wer würde es unternehmen, den Wegen zu folgen, auf welchen eine Ueberzeugung in einem Volk entspringt, keimt, wächst, sich entfaltet, hervortreibt? Die es unternommen haben, sind meistens von irrigen Vorstellungen ausgegangen. Einige meinten, dem Volk würden solche Ueberzeugungen von außen, durch unterrichtete Männer eingelernt. Andere dachten sich die Sache so, daß was irgend einer im Volk vormache, das machten die andern nach, und wenn diese endlich die Mehrheit des Volks seien, so bilde sich das Volk vermöge der Macht der Gewohnheit ein, das müsse so sein. Mit dergleichen abenteuerlichen Erfindungen suchte man das Verborgene ans Licht zu ziehen, und dem anstößigen Unsichtbaren ein bequemes Handgreifliches zu substituiren. Die dagegen weniger materialistische Anschauungen hatten, haben höchstens vermocht, einzelne abgerissene Punkte der in ihrem Zusammenhang unerforschten Bahn wahrscheinlich zu machen.

Was uns sichtbar ist, das ist nur das Entstandene selbst, das Recht also, nachdem es aus der dunkeln Werkstätte, in der es bereitet wurde, hervorgetreten und wirklich geworden ist. Es kann bei seiner Entstehung eine dreifache Gestalt annehmen: 1) als unmittelbare Ueberzeugung der Glieder des Volks, die in ihren Handlungen sich offenbart; 2) als Gesetz; 3) als Product einer wissenschaftlichen Deduction. Die Organe, welche dem Recht diese seine sichtbare Gestalt geben, nennt man Rechtsquellen; solche sind die unmittelbare Volksüberzeugung, die Gesetzgebung, die Wissenschaft.

XIII. Die erste dieser Entstehungsarten, weil sie der Grundquelle alles menschlichen Rechts am nächsten steht und unmittelbar mit ihr zusammenhängt, ist die Volksüberzeugung, wie sie sich in dem Bewußtsein der Glieder des Volks abdrückt. Die vollständige Aeußerung derselben besteht darin, daß diese Glieder ihrer rechtlichen Ueberzeugung gemäß handeln, sie durch die Uebung anerkennen. Diese Uebung durch die Einzelnen ist, da ihr eine gemeinsame Ueberzeugung zu Grunde liegt, eine gleichmäßig im gleichen Fall wiederkehrende, sie hat die Eigenschaft einer Sitte, einer Gewohnheit; darum hat man das in dieser Gestalt entstandene Recht *Gewohnheitsrecht* genannt.

Den Antheil, welchen die Uebung an seiner Entstehung hat, bestimmt man häufig so, daß durch die Gewohnheit das Recht entstehe, eine Meinung, die mit den vorhin erwähnten materialistischen Vorstellungen über die Entstehung von Volksansichten zusammenhängt. Die wahre Ansicht ist die umgekehrte; die Uebung ist nur das letzte Moment, in welchem das entstandene, in der Ueber-

zeugung der Glieder des Volks lebende Recht sich völlig äußert und verkörpert. Der Einfluß, welchen die Gewohnheit auf die Ueberzeugung hat, ist nur der, daß diese sich durch jene zum Bewußtsein kommen und befestigen kann. Wenn daher z. B. die Rechtsansicht, daß zur Uebertragung des Eigenthums die bloße Uebereinkunft zwischen dem bisherigen Eigenthümer und dem, der es vermöge dieses Vertrags werden soll, nicht hinreicht, sondern daß noch ein weiterer Act, etwa die wirkliche Ueberlieferung des Besitzes der Sache, hinzukommen müsse, in der fortwährenden Uebung sich ausspricht, wonach in allen Fällen der, welcher bloß jene Uebereinkunft für sich anführen konnte, noch nicht als Eigenthümer galt, so mag diese Uebung oder Gewohnheit zur Gewißheit und Sicherheit des Rechtssatzes beitragen, aber entstanden ist er gewiß nicht erst durch sie, die ja, wenn ihr der Rechtssatz nicht schon vorausgegangen wäre, eine rechtlose sein würde.[a])

XIV. Der Obrigkeit, als dem Organ, in welchem der allgemeine Wille sich personificirt, ist vor allem die Gewalt gegeben, denselben auszuführen; diese Thätigkeit heißt die Regierung. Sodann kann es Bedürfniß werden, über gewisse Punkte das, was als gemeinsamer Wille zu betrachten ist, ausdrücklich festzusetzen, um die Uebereinstimmung der Regierung damit zu erleichtern, und die Regierten gegen mögliche Willkür sicher zu stellen. Denn die Ausführung beruht auf der Erkenntniß des allgemeinen Willens, diese Erkenntniß liegt daher in dem Beruf der Regierung, es mag dieser Wille ausdrücklich gegeben sein oder nicht. Da kann es denn wünschenswerth erscheinen, daß die Obrigkeit (vielleicht unter Beobachtung besonderer, durch die Verfassung vorgeschriebener Formen) im Voraus erkläre, was als allgemeiner Wille gelten und mithin Richtschnur für sie als Regierung in diesem oder jenem Punkt sein solle. Diese zweite Aufgabe der Obrigkeit ist die Gesetzgebung, der Ausspruch des allgemeinen Willens heißt *Gesetz*, und das Recht, welches in dieser Gestalt entstanden ist: *gesetzliches* oder *promulgirtes Recht*.

Es wird erwartet, daß der Gesetzgeber wirklich die gemeinsame Ueberzeugung der Nation, unter deren Einfluß er stehen soll, ausspreche, sei es daß er eine schon fest bestehende Rechtsansicht in sein Gesetz aufnehme, oder einer erst in ihrer Bildung begriffenen dem wahren Sinn der Nation gemäß zu Hülfe komme; manche Verfassungen suchen dieß durch die Nothwendigkeit des Beiraths oder der Zustimmung von sonstigen Gliedern des Volks wenn nicht zu garantiren (denn dieß ist unmöglich), doch das Gegentheil, den Widerspruch mit den nationellen Rechtsansichten, zu erschweren. Ist nun aber das Gesetz einmal gegeben, so kann seine Gültigkeit nicht von einer Untersuchung seiner wirklichen Uebereinstimmung mit dem Volkswillen abhängen. Diese Unter-

---

a) Meine Ansicht, daß die Gewohnheit aus der rechtlichen Ueberzeugung, nicht diese aus jener hervorgehe, ist als ein zu scharfer Gegensatz gegen die früher gewöhnliche Manchen anstößig gewesen. Diese haben in ängstlicher Flucht vor Extremen eine sichere Mitte gesucht, die denn etwa darin bestehen würde, daß die frühere Meinung (die doch von so angesehenen Juristen zugelassen worden) nicht unrichtig sei, gelegentlich aber auch die neuere zutreffen könne. Nun giebt es freilich entgegengesetzte Irrthümer, und hier thut man wohl, die Wahrheit in der Mitte aufzusuchen, aber auch Irrthum und Wahrheit erscheinen als „Extreme“. Wer dort die richtige Mitte sucht, der kann irren (denn zwischen Schwarz und Weiß liegt nicht bloß die Farbe, sondern auch das Grau), aber er kann die Wahrheit treffen; hier jedoch muß er irren, denn zwischen Irrthum und Wahrheit giebt es keine Mitte. — Das Festhalten an jenem Irrthum beruht auf der fortwährenden Verwechselung der Entstehung des Gewohnheitsrechts und seiner Erkennbarkeit. Erkennbar wird es uns durch die Uebung (§ 16), für den Erkennenden, kann man sagen, ist es erst mit ihr vorhanden.

suchung würde eine höhere Gewalt voraussetzen, die dann eben die gesetzgebende wäre, und bei welcher dieselbe Frage wieder entstehen würde. Was daher durch ein Gesetz auf dem verfassungsmäßigen Wege festgesetzt ist, das gilt als Recht, als gemeiner Wille, nicht um seines Inhalts, sondern um dieser Form des Ausspruchs willen.

Man hat öfters, so seltsam dieß bei auch nur mäßiger Einsicht in die Entstehung des Rechts erscheinen mag, die Gesetze für die einzige, wenigstens bei einem vollkommenen Rechtszustand die einzige Entstehungsart des Rechts gehalten, und daher ist es gekommen, daß Manche jeden Rechtssatz ein Gesetz, jedes Recht eine Gesetzgebung zu nennen pflegen. Man hat gemeint, daß ein vollkommener Rechtszustand nur dadurch zu erreichen sei, daß alle Rechtssätze in Gesetzen ausgesprochen würden. Diese Ansicht hat sowohl die wirkliche Erfahrung gegen sich,[a]) als die Unmöglichkeit eines solchen Unternehmens, welches höchstens für ein in den letzten Zügen liegendes Volk gelingen könnte; bei jedem andern wird neben der vollständigsten Gesetzgebung eine Masse rechtlicher Ueberzeugungen unpromulgirt sich erhalten, entwickeln und Raum machen.

Die Staaten bestehen aus einer Anzahl engerer Verbindungen, die dem Ganzen gleichartig, und nur dadurch von ihm verschieden sind, daß sie eben bloß Glieder des Ganzen sind. Dieß sind die Stadt- und Dorfgemeinden. Diese Corporationen stellen einen Staat im Kleinen dar; die Aufgabe eines weisen Regiments ist, auf der einen Seite ihnen den Grad von Selbständigkeit in der Verwaltung ihrer inneren Angelegenheiten zu gewähren, ohne welchen ihre für die Wohlfahrt des Staats selbst nothwendige Existenz nicht zu denken ist, auf der andern eine Isolirung derselben und eine Ausartung jener Selbständigkeit zu verhüten, welche zur Schwächung des Ganzen ausschlagen würde. Dieß letztere ist die Gefahr, die in früheren Jahrhunderten drohte, heutzutage, in Folge größerer Anspannung der Regierungsgewalt, liegt die Gefahr in dem entgegengesetzten Extrem einer allzugroßen Beschränkung der Corporationen. Bei der unter der Aufsicht der Staatsregierung zu führenden Gemeindeverwaltung thut sich dasselbe Bedürfniß wie bei jener hervor, für gewisse Punkte die Normen durch einen ausdrücklichen Ausspruch festzusetzen, die sie befolgen soll. Für solche Punkte, in denen die Gemeindeverwaltung das Interesse des Staats unmittelbar berührt, wird es durch die Staatsgesetzgebung geschehen, für diejenigen, welche die besonderen Interessen der Gemeinde betreffen, den Staat nur insofern, als die Gemeinde ein Glied von ihm ist, an dessen Wohl oder Weh er eine Betheiligung hat, wird jene Festsetzung der Gemeinde selbst (unter Aufsicht der Staatsregierung) überlassen werden. Dadurch entsteht nun in den Gemeinden eine der Gesetzgebung analoge Thätigkeit, die man im Gegensatz gegen sie Autonomie genannt hat; die Satzungen, welche vermöge derselben gemacht werden, heißen Statuten. Aber nicht bloß in ausdrücklichen Satzungen äußert sich die Autonomie, sondern auch in stillschweigenden, die unausgesprochen in der Uebung sich darlegen, und die in diesem Fall Observanzen genannt werden.

Die Bildung solcher Corporationen beschränkt sich nicht auf die Gemeinden; der Trieb, die große Staatsgemeinschaft nach gewissen Richtungen durch engere Vereine zu beleben und zu ergänzen, hat noch andere Corporationen (z. B. Uni-

---

a) Dieß wird sich auch aus der Geschichte des römischen Rechts (ohne auf den bekannten, aber in einem beschränkteren Sinn zu nehmenden Ausspruch des Tacitus: corruptissima republica plurimae leges ein Gewicht zu legen) ergeben.

versitäten, Zünfte) hervorgebracht, die eine ähnliche Thätigkeit in ihrem Innern, wie die Gemeinden, entwickelt haben.

Endlich ist durch das Christenthum eine Verbindung neben den Staat gestellt worden, die in einem ganz eigenthümlichen Verhältniß zu ihm sich befindet, vermöge dessen sie in gewissen Beziehungen von ihm abhängig ist, in andern eine vollkommene Selbständigkeit hat. Diese Selbständigkeit der Kirche und ihres Regiments, welche von anderer und höherer Art ist, als die jener Corporationen, und ihre gleiche Stellung mit dem Staat zeigt sich darin, daß der Kirche nicht blos eine Autonomie, sondern wie dem Staat eine Gesetzgebung zugeschrieben wird. Auch sie schließt, wie der Staat, engere Corporationen in sich, denen eine Autonomie gegenüber der Kirchengesetzgebung, wie den weltlichen gegenüber der Staatsgesetzgebung zusteht. Von einer Autonomie der Kirche selbst gegenüber dem Staat könnte nur in Beziehung auf die Punkte ihrer Existenz die Rede sein, in welchen sie von dem Staat abhängt, und die daher unter die Staatsgesetzgebung fallen, wenn nämlich die letztere die Festsetzung derselben der Kirche überließe.

XV. Die einzelnen Rechtssätze, die das Recht eines Volks bilden, stehen in einem organischen Zusammenhang unter einander, der sich zuvörderst durch ihr Hervorgehen aus dem Geist des Volks erklärt, indem die Einheit dieser Quelle sich auf das durch sie Hervorgebrachte erstreckt. Eine Dissonanz, welche das harmonische Zusammenstimmen der einzelnen Theile des Rechts unterbricht, ist dadurch nicht ausgeschlossen, insofern auch der Geist eines Volks störenden Anwandlungen, wie einer Krankheit, ausgesetzt ist; am leichtesten kann sie durch eine ungeschickte Ausübung des Gesetzgebungsberufs vorkommen, wenn der Gesetzgeber wünschenswerthe Energie mit willkürlichem Dazwischengreifen, Schleunigkeit der Abhülfe mit Improvisation von Rechtssätzen verwechselt. Wie nun die Sprache eines Volks aus demselben Grund auf gewissen Principien und Regeln beruht, die in ihr selbst unausgesprochen liegen, von der Wissenschaft aber ans Licht und zum Bewußtsein gebracht werden, so auch das Recht.

Jene Eigenschaft des Rechts, daß seine Sätze sich zu einem organischen Ganzen als Glieder desselben zusammenschließen, ist aber auch durch seine Natur, durch die Vernunftmäßigkeit, die ihm zukommt (§ 2 a. E.), gegeben. Denn die Mannigfaltigkeit der Rechtssätze hat, wie wir oben gesehen haben (§ 8), ihren Grund darin, daß durch das Recht dem Princip der Gleichheit das Ungleiche, ohne es aufzuheben, unterworfen werden soll. Die Bildung des Rechts besteht in einem fortwährenden Widerstand der Verhältnisse, des Ungleichen, und in einem fortwährenden Ueberwinden desselben; aus diesem Proceß gehen die Rechtsinstitute: die Rechtssätze über das Eigenthum, die Obligatio u. s. f., als verschiedene hervor, und so weiter herab die specielleren Institute und Rechtssätze, aus denen jene bestehen. Als verschiedene gehen sie daraus hervor, weil die Ungleichheit der Verhältnisse auf die Hervorhebung des Princips der rechtlichen Freiheit zurückwirkt, weil das Recht die mit der Ungleichheit behaftete Gleichheit ist. So wird das Recht, obwohl aus der Freiheit stammend, durch die natürliche Nothwendigkeit seiner Gegenstände bedingt, es ist etwas Vernünftiges. Dadurch erhalten seine Sätze den systematischen Zusammenhang, daß sie sich gegenseitig bedingen und voraussetzen, daß von der Existenz des einen auf die des andern ein Schluß möglich ist. Die Rechtssätze z. B., erstens, daß der Eigenthümer eine unmittelbare Herrschaft über die

Sache hat, wodurch er sich von dem unterscheidet, welchem ein Anderer die Sache erst zu geben schuldig, dem also nur diese Handlung des Andern, noch nicht die Sache unterworfen ist, und zweitens, daß der Eigenthümer von jedem, der sie ihm vorenthält, die Sache vindiciren kann, — diese Sätze sind nicht gleichgültig gegen einander, so daß der eine, ohne den andern zu berühren, anders sein könnte, sondern sie hängen nothwendig zusammen, setzen einander voraus, sie lassen sich aus einander folgern.

Es ist nun die Aufgabe der Wissenschaft, die Rechtssätze in ihrem systematischen Zusammenhang, als einander bedingende und von einander abstammende zu erkennen, um die Genealogie der einzelnen bis zu ihrem Princip hinauf verfolgen, und eben so von den Principien bis zu ihren äußersten Sprossen herabsteigen zu können. Bei diesem Geschäft werden Rechtssätze zum Bewußtsein gebracht und zu Tage gefördert werden, die in dem Geist des nationellen Rechts verborgen, weder in der unmittelbaren Ueberzeugung der Volksglieder und ihren Handlungen, noch in den Aussprüchen des Gesetzgebers zur Erscheinung gekommen sind, die also erst als Product einer wissenschaftlichen Deduction sichtbar entstehen. So tritt die Wissenschaft als dritte Rechtsquelle zu den ersten beiden; das Recht, welches durch sie entsteht, ist *Recht der Wissenschaft*, oder da es durch die Thätigkeit der Juristen ans Licht gebracht wird, *Juristenrecht*.

Diesem letzteren Ausdruck kann man noch eine weitere Bedeutung beilegen. Man kann darunter das Recht verstehen, welches vornehmlich in dem Bewußtsein der Juristen lebt, und von ihnen getragen wird. Dieß gilt in vorgeschrittenen Zeiten eines Volks, wo das Recht mit seiner früheren Einfachheit die Fähigkeit verliert, von allen Gliedern des Volks in einer gewissen Vollständigkeit gekannt zu werden, von dem bei weitem größten Theil alles Rechts. Auch das Gewohnheitsrecht wird, abgesehen von dem partikulären einzelner Orte und kleinerer Districte, vorzugsweise in dem Bewußtsein der Juristen, als der rechtskundigsten und mit rechtlichen Dingen ihrem Beruf nach fortwährend beschäftigten Glieder des Volks, die also die natürlichen Repräsentanten der übrigen sind, leben und sich entwickeln, in diesem Sinn kann also auch das Gewohnheitsrecht Juristenrecht sein. Als der unzweideutigere Ausdruck ist daher der zuerst gebrauchte für das Recht, dessen Quelle die Wissenschaft ist, vorzuziehen.

XVI. Jeder Rechtssatz, welcher als solcher anerkannt werden soll, muß durch eine dieser drei Rechtsquellen: unmittelbare Volksüberzeugung, Gesetzgebung, Wissenschaft, entstanden sein. Dieß ist das praktische Interesse der Unterscheidung und Kenntniß dieser Entstehungsarten, daß mittelst ihrer die Frage beantwortet wird, ob ein gewisser Satz Rechtssatz sei. Es kommt nun darauf an, zu bestimmen, unter welchen Voraussetzungen die Existenz eines Rechtssatzes vermöge jener Rechtsquellen anzunehmen, wie die Existenz eines Gewohnheitsrechtssatzes, eines gesetzlichen, eines wissenschaftlichen zu erkennen ist. Diese Erkenntniß wird entweder aus Urkunden geschöpft, wenn das Recht aufgezeichnet ist, und in diesem Falle heißt es geschriebenes Recht, ius scriptum, oder aus anderen Quellen, wenn es ungeschrieben, oder wenigstens nicht mit Sicherheit aus der Aufzeichnung zu entnehmen ist.

Für das Gewohnheitsrecht ist die natürlichste Erkenntnißquelle die Uebung, in welcher die rechtliche Ueberzeugung des Volks sich bethätigt und reflectirt. Die Uebung besteht aus Handlungen, welche eine Anwendung des in Frage

stehenden Rechtssatzes enthalten. Sie kann eine außergerichtliche, und eine gerichtliche (Praxis, usus fori) sein. Wenn z. B. für eine Stadt das Gewohnheitsrecht behauptet wird, daß der abziehende Miether die Wohnung ganz in demselben Zustand, wie er sie übernommen hatte, verlassen müsse, also neudecorirt u. s. f., wenn sie ihm so übergeben worden, so kann dieser Rechtssatz dadurch geübt worden sein, daß die Miether sich dazu verstanden haben, ohne daß es zu einem Proceß gekommen ist; hier ist die Uebung eine außergerichtliche; aber es kann sich auch ein Miether geweigert haben, und durch eine richterliche Sentenz dazu verurtheilt worden sein; in diesem Fall ist eine gerichtliche Uebung jenes Satzes hinzugekommen.

Wie muß nun die Uebung beschaffen sein, um als ein zuverlässiges Erkenntnißmittel des Gewohnheitsrechts gelten zu können? Hier wird es nun praktisch wichtig, welche Ansicht man von dem Verhältniß der Gewohnheit zum Recht habe (§ 13). Wir bestimmen das Princip für die Beantwortung der Frage so: die Uebung wird dann jene Eigenschaft besitzen, wenn sie sich als Ausfluß einer gemeinsamen Volksüberzeugung darstellt.[a] Dazu ist erforderlich, 1) daß sie eine Uebung des Satzes als Rechtssatzes, also einer rechtlichen Nothwendigkeit ist; wenn sich in dem vorhin erwähnten Beispiel ein Miether zur Wiederherstellung aus bloßer Liberalität oder Gefälligkeit verstanden hätte, so würde diese Handlung nicht als ein Act der Uebung des Rechtssatzes angesehen werden können. 2) Die Uebung muß eine constant wiederholte, in den einzelnen Fällen der Anwendbarkeit des Rechtssatzes gleichmäßig wiederkehrende sein, mit andern Worten, sie muß die Eigenschaft einer Sitte, Gewohnheit, longa consuetudo, haben. Durch diese Beschaffenheit der Uebung soll die Möglichkeit, daß die Uebereinstimmung der zu verschiedenen Zeiten und von verschiedenen Personen vorgenommenen Handlungen nur eine zufällige sei, daß sie nicht ihren Grund in einer inneren Einheit rechtlicher Ueberzeugung habe, in die Ferne treten, und zu einer höchst unwahrscheinlichen, also zu verwerfenden Annahme werden. Es darf indessen nie vergessen werden, daß die Gewohnheit oder das Herkommen nur die Autorität hat, daß wir daraus auf das Dasein eines Rechtssatzes schließen, nicht daß sie selbst Recht machte. Wir haben daher kein Gewicht auf sie zu legen, wenn es sonst gewiß ist, daß kein Rechtssatz existirt, der in ihr zur Erscheinung gelangt wäre. So wenn ein Satz göttlichen Geboten, oder Rechtsprincipien, die keine Ausnahme zulassen, entschieden widerspricht, können wir ihn nicht als einen Rechtssatz anerkennen, sollte auch eine constante und lange Gewohnheit für ihn nachgewiesen werden.[b]

Uebrigens ist die Gewohnheit nicht das einzige Erkenntnißmittel des Gewohnheitsrechts, auch das Zeugniß glaubwürdiger Personen über seine Existenz, und glaubwürdige Aufzeichnungen desselben können es beweisen oder zu seiner Nachweisung beitragen.

XVII. Für das gesetzliche Recht ist das bedeutendste Erkenntnißmittel das Wort, in welches es gefaßt, die Urkunde, in welcher es niedergelegt ist. Dieses

---

a) Nach der oben (§ 13) verworfenen Ansicht würde die Frage so lauten: wie muß die Uebung beschaffen sein, um ein Gewohnheitsrecht *hervorzubringen*? Für die Beantwortung dieser würde es kein Princip geben.

b) Dieß sagt eine Constitution Constantin's in L. 2 C. quae sit longa consuetudo (8, 52): Consuetudinis ususque longaevi non vilis auctoritas est, verum non usque adeo sui valitura momento, ut aut rationem vincat aut legem. Einen Fall, welcher Veranlassung zu dieser Aeußerung gegeben haben mag, s. unten § 20.

Erkenntnißmittel ist auf der einen Seite das einfachste, und jedem zugänglichste — dadurch scheint dieses Recht auf den ersten Anblick vieles vor anderem voraus zu haben —, auf der anderen Seite hat die Ermittelung des gesetzlichen Rechts gewisse besondere Schwierigkeiten, deren Ueberwindung eine nicht Allen zukommende Sachkenntniß voraussetzt. Es ist eine bloße Illusion, wenn man geglaubt oder behauptet hat, das Recht bloß dadurch, daß es in die Form von Gesetzen gebracht wird, gewisser, unbestrittener, und für Jedermann erkennbarer zu machen.

Jene Schwierigkeiten entspringen theils aus der Beschaffenheit jenes vornehmsten Erkenntnißmittels, den Gesetzesworten, theils aber auch aus der Natur des gesetzlichen Rechts selbst.

Was die ersteren anlangt, so kann vor allem die Aechtheit der Worte zweifelhaft sein. Die Worte können verfälscht sein, und je älter das Gesetz ist, desto näher liegt diese Möglichkeit. Diese Zweifel können sowohl die ganze Urkunde, als einzelne Worte und Sätze derselben betreffen. Die wissenschaftliche Thätigkeit, durch welche Gewißheit über diesen Punkt erlangt werden soll, die Untersuchung der Aechtheit einer Urkunde, entweder im Ganzen oder in ihren einzelnen Theilen, mit einem Wort: die Kritik ist also auch eine juristische Aufgabe. Sie ist für alle durch Urkunden überlieferten Rechtssätze (ja auch für rechtliche Befugnisse, die durch Urkunden bewiesen werden sollen), daher aber insonderheit für das gesetzliche Recht nöthig.

Sodann kann der Sinn der Worte zweifelhaft sein. Die Worte sind die Zeugnisse für den Willen des Gesetzgebers, dieser soll aus jenen entnommen werden, aber er kann Worte gebraucht haben, die nicht bloß eine Deutung zulassen. Dieser Uebelstand wird desto häufiger vorkommen, je weniger Macht der Concipient des Gesetzes über die Sprache hat, oder je schwunghafter das Geschäft der Gesetzgebung betrieben wird, aber auch die genaueste Sorgfalt wird ihn nicht immer zu entfernen vermögen. Die Erforschung des Sinnes der Worte, also des Willens des Gesetzgebers, heißt Interpretation. Sie beruht auf wissenschaftlichen Grundsätzen, und ist daher von der Feststellung des Sinnes eines früheren Gesetzes durch ein späteres, oder durch die gemeinsame Volksüberzeugung zu unterscheiden, welche man Legal-Interpretation[a]) genannt hat. Diese Legalinterpretation ist nichts als die Hervorbringung eines neuen (gesetzlichen oder Gewohnheits-) Rechtssatzes, der nur in die Beziehung zu dem interpretirten Gesetz gestellt ist, daß er in der Anwendung so betrachtet werden soll, als wenn er schon in diesem Gesetz enthalten wäre. Die Grundlage der eigentlichen Interpretation (welche, um sie von dieser legalen zu unterscheiden, auch die doctrinelle genannt wird) sind 1) die Worte; der Sinn muß aus den Worten genommen werden können, er muß diesen gemäß sein, denn Gesetz ist der in den Worten ausgesprochene Wille des Gesetzgebers. Würde sich ergeben, daß der Gesetzgeber etwas ganz anderes gewollt, als was er ausgesprochen hat, so würde sein Wille nicht gelten, weil er nicht ausgesprochen ist, und die Worte nicht, weil sie den Willen des Gesetzgebers nicht enthalten. Neben den Worten hat die Interpretation 2) andere Umstände zu berücksichtigen, aus denen der Wille des Gesetzgebers erhellt: Rechtsprincipien, die er anerkannt hat, und aus denen sich die fragliche Bestimmung ableiten läßt, wenn ein anderes Verständniß seiner Worte

a) Man theilt sie ein in die authentische, die durch den Gesetzgeber, und die Usualinterpretation, die durch die Volksüberzeugung geschieht.

von ihnen abweichen würde, während diese Abweichung entweder undenkbar ist, oder wenigstens keine Veranlassung dazu vorhanden war; ferner der Zweck, den der Gesetzgeber beabsichtigte, überhaupt alle die Umstände, die auf den Willen des Gesetzgebers einen Einfluß haben konnten, und aus welchen daher auf diesen Willen geschlossen werden kann. Man nennt die Ermittelung des Sinns aus den Worten und Regeln der Sprache grammatische, die aus jenen andern Gründen logische Interpretation, und hat davon oft als von zwei von einander unabhängigen Interpretationsweisen gesprochen, von denen die eine ohne die andere angewendet werden könne, so daß man namentlich nicht zur logischen Interpretation greifen dürfe, wenn die grammatische einen angemessenen Sinn gebe. Dabei hat man übersehen, daß ja eben die Beantwortung der Frage: ob der Sinn ein „angemessener" sei? schon über den Bereich der s. g. grammatischen Interpretation hinausliegt. Das Wahre an der Sache ist folgendes. Wenn in den Worten nichts schwankendes liegt, und der Annahme des bestimmten Sinns, den sie geben, keine Unmöglichkeit oder entschiedene Unstatthaftigkeit entgegensteht, so ist es nicht gestattet, den Willen des Gesetzgebers durch Wahrscheinlichkeiten, die aus andern Gründen hergenommen werden, als zweifelhaft darzustellen, weil es sonst in der That unmöglich wäre, auch durch die sorgfältigste Wahl der Ausdrücke den beabsichtigten Sinn eines Gesetzes gegen willkürliches Deuteln sicher zu stellen. Die Regel, welche ein römischer Jurist für die Auslegung der Dispositionen eines Testators giebt: cum in verbis nulla ambiguitas est, non debet admitti voluntatis quaestio,[b]) ist auch auf die Interpretation der Gesetze anzuwenden. Aber darum ist es nicht weniger wahr, daß an eine Trennung von grammatischer und logischer Interpretation in dem oben erwähnten Sinn nicht gedacht werden kann.*)

Endlich können Zweifel an der Existenz eines Gesetzes, als eines gegenwärtigen, entstehen. Seine Erscheinung in der Schrift, aus der es erkannt wird, dauert fort, nachdem es schon aufgehoben ist. Niemand sieht es der Urkunde, welche das Gesetz enthält, an, daß es durch ein späteres Gesetz beseitigt ist. Es reicht daher nicht hin, das Gesetz selbst, welches über ein gewisses Verhältniß einen Rechtssatz aufstellt, zu kennen, man muß mit allen Gesetzen bekannt sein, um nicht in den Irrthum zu verfallen, ein aufgehobenes als noch geltend zu betrachten. Dieß ist anders bei dem Gewohnheitsrecht; verändert es sich, tritt eine andere rechtliche Ueberzeugung an die Stelle der früheren, so wird auch die äußere Erscheinung, die Uebung des früheren Rechtssatzes aufhören.

Eine der Schwierigkeiten, welche die Erkenntniß des gesetzlichen Rechts darbietet, entspringt aus der Natur dieses Rechts selbst. Das Gesetz entsteht durch Promulgation (den verfassungsmäßigen Ausspruch des Rechtssatzes) und Publication (Bekanntmachung desselben), also durch einen bestimmten Act in einem bestimmten Zeitpunkt. Das Gesetz wird gültig und anwendbar mit dem Zeitpunkt der Publication, wenn nicht ein späterer von dem Gesetzgeber festgesetzt (also eine vacatio legis nach seiner Publication gegeben), oder umgekehrt die Gültigkeit des Gesetzes auf einen früheren Zeitpunkt zurückbezogen worden ist. Dieß letztere ist stillschweigend darin enthalten, daß das Gesetz sich als authentische Interpretation eines früheren giebt; sein Ausspruch soll hier so betrachtet werden, wie wenn er schon in diesem früheren enthalten wäre, er soll daher von jetzt an überall angewendet werden, wo eine Anwendung des

---

b) L. 25 § 1 D. de leg. III. (32.)

*) [Vgl. Brinz, Pandekten 2. Aufl. I. (1873) § 28—30.]

früheren Gesetzes eintritt: die Fälle, die unter das frühere Gesetz gehören, sollen nach dem neuen entschieden werden.

Welches nun hiernach der Zeitpunkt sein möge, mit welchem die Wirksamkeit des Gesetzes beginnt, der der Publikation oder ein früherer oder späterer, immer kann das Gesetz nur auf die nach diesem Zeitpunkt eintretenden, nicht auf *frühere Fälle* angewendet werden. So einfach diese Regel ist, so schwierig kann zuweilen ihre Anwendung durch die Ungewißheit werden, ob ein gewisser Fall zu den facta futura oder praeterita zu rechnen ist, namentlich wenn der zu beurtheilende Fall nicht ebenfalls einen bestimmten Zeitmoment, sondern einen Zeitraum einnimmt, in welchen der Anfangspunkt des Gesetzes hineinfällt. Das Gesetz z. B. verändert die Zeit, durch deren Ablauf ein Recht erworben oder verloren werden soll, wie verhält es sich mit seiner Anwendung auf die Fälle, wo der Lauf dieser Zeit schon begonnen hatte, aber noch nicht beendigt war? oder es verändert die Wirkungen einer Thatsache, die noch nicht vollkommen entstanden, oder doch noch nicht eingetreten waren. Es wird bei der Entscheidung dieser Fragen vornehmlich auf die Natur der Thatsachen, um die es sich handelt, ankommen, sodann aber lassen sich zwei Regeln geben, die uns dabei leiten müssen: einmal, daß eine noch nicht vollendete Thatsache nicht ein factum praeteritum genannt werden kann, dann, daß Rechte, welche schon erworben sind, wenn auch die Zeit ihrer Ausübung noch nicht gekommen wäre, durch die Anwendung eines neuen Gesetzes nicht beeinträchtigt werden dürfen.

XVIII. Es ist noch übrig, von der Erkenntniß des wissenschaftlichen Rechts zu handeln. Sehr häufig hat der Richter über Verhältnisse zu urtheilen, worüber weder das Gewohnheitsrecht noch das gesetzliche eine ausdrückliche Bestimmung enthält. Hier hat ihm die Wissenschaft, als die dritte Rechtsquelle, die Rechtssätze zu geben, nach denen er entscheidet. Diese Sätze beruhen nicht auf einer äußeren Autorität, sie gelten nur, insofern sie aus den Principien des bestehenden Rechts mit innerer Nothwendigkeit folgen, und darum auf dieselbe Gültigkeit wie die in der Volksüberzeugung oder in den Gesetzen ausdrücklich gegebenen Anspruch haben. Dieses Recht wird daher aus inneren Gründen erkannt, besondere Regeln lassen sich für diese Erkenntniß nicht mit einiger Vollständigkeit geben, die ganze Rechtswissenschaft muß die Anleitung dazu enthalten. Jeder Jurist, also insofern er dieses ist, jeder Richter ist dazu berufen; eine Hülfe gewährt dafür die juristische Literatur. Eine Vermuthung für die wissenschaftliche Wahrheit eines Satzes entsteht durch die Uebereinstimmung der angesehensten Juristen, und seine fortdauernde Anwendung in den Gerichten; aber weder die Verbreitung einer Ansicht noch die Praxis hat eine Autorität an und für sich; beides muß da, wo es sich um ein wissenschaftliches Recht handelt, der besseren Erkenntniß der Wahrheit weichen. Auch das Gewohnheitsrecht und das gesetzliche, in den Rechtssätzen nämlich, die einer inneren Begründung fähig sind, müssen diese durch die Wissenschaft erhalten; wir werden durch diese Behandlung erst, wodurch wir uns der inneren Gründe bewußt werden, des richtigen Verständnisses des unmittelbaren Volksrechts und der Gesetze sicher.

C. Veränderlichkeit des Rechts.

XIX. So wie das Volk selbst in seinem gesammten Leben sich in der Zeit verändert, so ist auch das Recht, als ein Zweig dieses Lebens, nichts stabiles,

es entwickelt sich mit dem Volk; dem Charakter desselben auf seinen verschiedenen Bildungsstufen schließt es sich an, seinen wechselnden Bedürfnissen bequemt es sich.

Diese Veränderung ist nicht eine solche, wodurch es aufhörte, dasselbe zu sein. Es ist dasselbe Volk am Anfang und am Ende seiner Laufbahn, und ist doch hier und dort ein anderes; ebenso wird sein Recht ein anderes, und ist doch stets das Recht dieses Volks. Denn nicht bloß die Rechtssätze, die das Recht eines Volks gleichzeitig enthält, sind Glieder eines Organismus; diese organische Eigenschaft hat das Recht auch in seinem Fortschreiten, auch das successive Verhältniß der Rechtssätze ist ein organisches. Dieß läßt sich durch Ein Wort ausdrücken; das Recht hat eine Geschichte.

Das Aeußerlichste an dieser Veränderung des Rechts ist, daß seine Bestimmungen von ursprünglicher Einfachheit zu größerer Mannigfaltigkeit fortgehen. Dieß geschieht mit der Erweiterung der Lebensverhältnisse und Bedürfnisse, also mit der mannigfaltigeren Ausbildung des Stoffs, der auf das Recht, welches sich seiner bemächtigen soll, zurückwirkt. Damit steht in Zusammenhang, daß der individuell-eigenthümliche Geist eines Volks sich allmählich dem Einfluß allgemeinerer, über den abgeschlossenen Charakter dieses Volks hinausgehender Gedanken öffnet; denn jede Bildung besteht in der Aufnahme eines Allgemeinen, das sich mit dem Besonderen vermählt, und dessen natürliche Schroffheit und Isolirung überwindet. Diese Erscheinung wird auch in dem Recht sichtbar, dessen anfängliche strengnationelle Eigenthümlichkeit nach und nach durch allgemeinere, auf das Rechtsbewußtsein wirkende Elemente gemildert wird. Diese Veränderung wird bei verschiedenen Völkern verschiedene Gestalten annehmen, sie kann durch besondere Umstände verzögert oder beschleunigt werden. Im römischen Recht bezieht sich darauf die Unterscheidung von ius civile und ius gentium, bei den germanischen Völkern hat die Reception des römischen Rechts jene Bedeutung (§ 35). Das innerlichste Moment endlich der Veränderung liegt in der Stellung, welche ein Volk als Glied der gesammten Menschheit einnimmt. Jedem Volk ist sein Antheil an der Aufgabe gesetzt, die durch die Succession aller Völker gelöst werden soll, auch in dem Recht hat es diese Aufgabe an seinem Theil zu vollenden, es nähert sich diesem Ziel durch die verschiedenen Bildungsstufen, die das Recht bei ihm durchläuft.[a])

Die Aufgabe der Fortbildung des Rechts, so daß es gleichen Schritt hält mit der Entwicklung des Volks, wird nie verfehlt werden, wenn den drei Rechtsquellen, welche an ihr thätig sind, die ihnen gebührende freie Bewegung erhalten wird. Wird dieses Zusammenwirken gestört, wie es z. B. geschieht, wenn man die Kraft der unmittelbaren Volksüberzeugung und der Wissenschaft zu lähmen, und die gesammte Fortbildung auf den Gesetzgeber zu stellen sucht, so wird eines von beiden kaum zu vermeiden sein, entweder daß das Recht gegen die Anforderungen der Zeit zurückbleibt, oder daß es durch plötzliche Neuerungen der Gesetzgebung aus dem Zusammenhang mit dem Volksleben gesetzt

---

a) [Die Culturgeschichte des Rechts verzeichnet in dieser Beziehung formell das Absterben der Symbole, sobald die entwickelte juristische Kunstsprache im nationalen und internationalen Recht die Deutlichkeit des Zeichens zu ersetzen und die Schrift den Rechtsact dauernder zu fixiren vermag. Materiell gehört dahin der Rücktritt der Selbsthülfe vor der Staatsgewalt (Bethmann-Hollweg, Civilproceß des gem. Rechts I (1864) § 30), das Verschwinden des auf die Wehrhaftigkeit gegründeten Uebergewichts des Mannes über das geistig ebenbürtige Weib, also das Absterben der Manus und Geschlechtstutel, die Abschwächung der väterlichen Gewalt, die Anerkennung des beiderseitigen Elternrechts, die Widerlage des Mannes im ehelichen Güterrecht u. s. w. R.]

wird, in beiden Fällen also mit jener Entwickelung in Harmonie zu stehen aufhört.

Die wahre Bewegung des Rechts wird aber eine solche sein, die sich nur dem, der das Ganze überblickt, als eine ununterbrochene kund giebt. Dem, welcher nicht als Glied des Volks sich fühlt, sondern als Einzelner sich ihm gegenüberstellt, und seine isolirten Interessen geltend macht, wird sie als ein Stillstand erscheinen, sei es daß er um dieses Stillstandes willen das Recht preist, bis er plötzlich von seinem Traum erwacht, oder daß er es anklagt, weil es seinen individuellen Interessen nicht fröhnt.[b])

XX. Wir haben das Recht im Ganzen als Gegenstand einer Veränderung betrachtet. Blicken wir nun auf die einzelnen Rechtssätze, so geschieht die Veränderung, indem neue Rechtssätze entstehen. Diese können zu den bisher bestehenden in eine doppelte Beziehung treten: entweder sie lassen dieselben neben sich fortdauern, oder sie heben sie auf, ganz oder theilweise.

Jede Aufhebung eines Rechtssatzes ist Entstehung eines neuen, neben welchem der frühere nicht mehr bestehen kann. Daher kann ein Rechtssatz nur durch Eine Rechtsquelle aufgehoben werden. An der Wahrheit dieser Sätze könnte ein Zweifel entstehen, wenn man findet, daß ein Rechtssatz durch die Kraft der unmittelbaren Volksüberzeugung außer Gebrauch kommt (desuetudine oblitteratur), oder durch ein Gesetz aufgehoben wird, welches keinen neuen an seine Stelle einführt. Hier, könnte es scheinen, sei eine Aufhebung ohne Entstehung eines neuen Rechts geschehen. In der That entsteht aber auch hier durch die Aufhebung neues Recht, denn schon dieß, daß der alte nicht mehr gelten soll, ist ein neuer Rechtssatz. Auch wäre das Gegentheil undenkbar. Denn nicht jede Veränderung zwar ist, wie bemerkt, Aufhebung, aber jede Aufhebung ist Veränderung des Rechts.

Jede Rechtsquelle hat aufhebende Kraft, nicht bloß gegenüber den durch sie, sondern auch den durch eine andere hervorgebrachten Rechtssätzen. Diese Kraft kommt ihr aber nur in so weit zu, als sie einen Rechtssatz von gleichem Umfang, wie der aufzuhebende, hervorzubringen, also diesen vollkommen zu decken vermag. Daher kann eine Rechtsquelle, die nur partikuläres Recht hervorbringt, keinen gemeinen Rechtssatz aufheben. Wenn wir uns z. B. denken, daß für ein Land der Rechtssatz besteht, gleichviel ob als Gewohnheitsrecht oder gesetzliches, daß ein Gläubiger von seinem Schuldner sich nicht mehr als höchstens fünf Prozent Zinsen mit Wirkung versprechen lassen kann, mit dem Zusatz, daß keine partikuläre Abweichung davon zulässig sein soll, und es wollte nachgewiesen werden, daß in einer Stadt dieses Landes die rechtliche Ueberzeu-

---

b) Diesen Sinn hat es, wenn Mephistopheles bei Göthe sagt:

Es erben sich Gesetz' und Rechte
Wie eine ew'ge Krankheit fort;
Sie schleppen von Geschlecht sich zum Geschlechte,
Und rücken sacht von Ort zu Ort.
Vernunft wird Unsinn, Wohlthat Plage,
Weh dir, daß du ein Enkel bist!
Vom Rechte, das mit uns geboren ist,
Von dem ist leider! nie die Frage.

Seltsamerweise ist man bei der Erklärung und Anwendung dieser Stelle gewöhnlich von der Idee ausgegangen, ein deutscher Autor müsse auch den Teufel stets die Wahrheit sagen lassen. Ehe man sich eine Sentenz, besonders als handliche Waffe gegen die Jurisprudenz, entgehen ließ, sollte lieber der Dichter die Albernheit begangen haben, den „Junker Satan" zum Lehrer der Weisheit zu machen.

gung existire und durch langes Herkommen bestätigt sei, daß mehr Procente erlaubt seien, so würde dieß keine Kraft haben, weil ein partikuläres Recht dieses Inhalts, so lange jener Rechtssatz mit dem Verbot der partikulären Abweichung besteht, unmöglich ist, jener Rechtssatz aber nur durch gemeines, nicht durch partikuläres Gewohnheitsrecht aufgehoben werden kann.[a])

Die Aufhebung eines Rechtssatzes kann so geschehen, daß diese Absicht, namentlich wenn die Aufhebung durch ein Gesetz erfolgt, ausdrücklich erklärt wird, aber auch stillschweigend, durch bloße Einführung eines neuen, neben dem jener nicht bestehen kann. Es ist die Zeit, welche hier zwischen den beiden Rechtssätzen entscheidet, das ältere Recht weicht dem neueren, ius posterius derogat priori. Immer aber wird dabei die Unverträglichkeit beider vorausgesetzt. Wenn z. B. ein partikulärer Rechtssatz besteht, und es wird in diesem Land das gemeine Recht überhaupt oder über diesen einzelnen Punkt verändert, ohne die Absicht, die etwaigen partikulären Verschiedenheiten aufzuheben, so bleibt jener in seinem Kreis neben diesem stehen, als Abweichung von dem neueren, wie er vielleicht als solche von dem älteren gemeinen Recht bestand.

Es können zwei Rechtssätze vorkommen, namentlich in dem geschriebenen Recht, welche einander schlechthin ausschließen, und von denen sich nicht ermitteln läßt, welcher von ihnen als der geltende, als der den andern aufhebende zu betrachten ist. Dieß ist der Fall einer Antinomie. Hier heben sich beide gegenseitig auf, keiner der beiden widersprechenden Rechtssätze gilt. Das Recht der Wissenschaft tritt in diese Lücke, der anzuwendende Rechtssatz ist aus ihm zu entnehmen, also durch den Gebrauch innerer Gründe auf wissenschaftlichem Wege zu erzeugen. So kommen z. B. in dem Theil der justinianischen Gesetzgebung, welcher aus den Schriften vieler römischer Juristen zusammengesetzt ist, abweichende Ansichten vor, die der Aufmerksamkeit der Verfasser dieser Compilation entgangen sind, und von denen sich auch nicht (wie es zuweilen der Fall ist) sagen läßt, welche der beiden Meinungen die recipirte sei. Hier sind die einander widersprechenden Stellen als nicht vorhanden, die Frage ist als in dem geschriebenen Recht nicht entschieden zu betrachten, und wir haben sie aus der Quelle zu beantworten, die uns noch immer offen steht, wenn die Autorität der Volksüberzeugung und des Gesetzgebers uns verläßt.

Drittes Kapitel.

Das Gebiet des Rechts.

A. System der Rechtsverhältnisse.

XXI. Die Aufgabe des Rechts läßt sich ihrem Gegenstand nach im allgemeinen so bezeichnen: die Beziehungen der Menschen sollen durch das Recht bestimmt, ihre Verhältnisse zu Rechtsverhältnissen werden. Die Rechtsverhältnisse sind Beziehungen der Menschen auf einander. Da aber der Mensch in

---

a) L. 2 C. quae sit longa cons. (8, 52). S. § 16 Note a.

dem Recht als Person steht, so können wir diesen Begriff sogleich bestimmter so fassen: sie sind Beziehungen der Personen als solcher auf einander.

Hier leuchtet nun sogleich ein, daß die menschlichen Verhältnisse nicht in ihrem vollen Umfang in das Gebiet des Rechts, in die Reihe der Rechtsverhältnisse eintreten. Denn so wie der Begriff der Person auf einer Abstraction beruht, indem wir nicht das ganze Wesen des Menschen in jenen Begriff herübernehmen, sondern unmittelbar nur die Eigenschaft, daß er Willenssubject ist, auffassen, und seine übrigen Qualitäten nur unmittelbar, um ihres näheren oder entfernteren Zusammenhangs mit jener willen, in Ansatz bringen, — eben so erstreckt sich diese Abstraction auf die Verhältnisse der Menschen, die sich manchen Abzug, manche Modification müssen gefallen lassen, um als Verhältnisse der Personen als solcher, als Rechtsverhältnisse gelten zu können. Wenn ein Mann, von einem langwierigen Krankenlager aufgestanden, um die Heilungskosten zu bezahlen, den durch seine Arbeitsunfähigkeit über die Seinigen hereingebrochenen Mangel aufs nothdürftigste zu stillen, und sein Geschäft wieder beginnen zu können, seinen wohlhabenden Nachbar, dem er in besserer Zeit durch Rath und That zu seinem Wohlstand verholfen hat, um ein Darlehn anspricht, und es gegen die üblichen Zinsen erhält, wie viel müssen wir von diesem zusammengesetzten Verhältniß weglassen, um zu der reinrechtlichen Gestalt desselben zu gelangen! Welch eine Abstraction gehört dazu, das Verhältniß jenes Mannes und das des Reichen, der, um durch eine neue Speculation Tausende zu seinen Tausenden zu gewinnen, ein Capital aufnimmt, als gleiche zu betrachten, wie sie es rechtlich in der That sind.

Man sieht zugleich, daß durch die Herbeiziehung der verschiedensten Verhältnisse auf das Rechtsgebiet die Rechtsverhältnisse selbst an und für sich noch gar nicht vermehrt werden, da es möglich ist, daß Verhältnisse, die als menschliche überhaupt disparat sind, in ein und dasselbe Rechtsverhältniß sich zusammenziehen. Es hat dieß denselben Grund, aus welchem durch die Entdeckung neuer Thier- und Pflanzengattungen kein neues Recht entsteht. Indem sie für das Recht unter den gleichmäßigen Begriff der Sachen fallen, sind die Gegenstände der rechtlichen Unterwerfung dadurch nicht mannigfaltiger geworden.

Unter jenem Vorbehalt größerer oder geringerer Modification ist keine Gattung der menschlichen Verhältnisse (vorausgesetzt nur, daß es Beziehungen zu andern Menschen sind) von der Möglichkeit, eine rechtliche Gestalt zu erhalten und zum Rechtsverhältniß zu werden, ausgeschlossen. Je weiter aber ihr Inhalt von dem Princip des Rechts abliegt, desto bedeutender wird jene Modification sein, und desto eher werden sie sich der rechtlichen Gestaltung ganz entziehen.

Fassen wir nun die Rechtsverhältnisse selbst ins Auge, so ist nicht zu verkennen, daß etwas schwankendes und bewegliches in diesem Begriff liegt (§ 6). Kein Rechtsverhältniß derselben Art sieht dem andern völlig gleich, wenn wir die besondern factischen Umstände dazu ziehen; lassen wir diese aber auch außer Anschlag, so werden sich doch selbst durch die Mischung der bloß rechtlichen Elemente stets neue Combinationen ergeben.

Sie hat etwas verführerisches, die Betrachtung der Rechtsverhältnisse, wie es verführerisch ist, sich auf den wechselnden Wellen schaukeln zu lassen, statt den festen, harten Grund zu suchen. Es scheint dem lebendigen Wesen der Sache so angemessen, das System des Rechts auf die Verhältnisse, statt auf den schroffen Begriff der Rechte zu bauen.

Die bewegliche, einer bestimmten Begrenzung widersprechende Natur der Rechtsverhältnisse soll durch ein Beispiel anschaulich gemacht werden.[a]) Zwei Brüder stehen in väterlicher Gewalt; einer leiht dem andern; sie werden Erben ihres Vaters; der Empfänger des Darlehns zahlt es zurück. Kann er behaupten, bezahlt zu haben, was er nicht schuldig war, und es mit der condictio indebiti wiederfordern? (L. 38 D. de cond. indeb. 12, 6.) Setzen wir nun: einer von beiden Brüdern ist vor dem Tod des Vaters emancipirt worden; er hat sein Peculium, er hat es nicht behalten; oder es ist nur einer von ihnen Erbe geworden; oder gar keiner; oder der Empfänger hatte noch nicht gezahlt; oder es war kein Darlehen, sondern ein anderes Geschäft, das sie geschlossen haben u. s. f. In allen diesen Fällen wäre das Rechtsverhältniß ein neues, man sieht, dieß geht ins Unendliche. Wo soll das System der Rechtsverhältnisse seinen Schluß finden, wenn nicht in den Rechten, welche die Einheit dieser für sich unbestimmbaren Mannigfaltigkeit bilden? Die Rechte eben sind es, deren Combinationen nur die Rechtsverhältnisse sind. In der That ist denn auch die Absicht, die Rechtsverhältnisse als durchgehende Leiter für die Auffassung des Rechts anzunehmen, nie ausgeführt worden; man ist sofort wieder auf die Rechte zurückgekommen, nur daß man sie, wie es oft geschieht, dann selbst Rechtsverhältnisse genannt hat.

Alles dieß darf nicht so verstanden werden, als gebe es gar kein System der Rechtsverhältnisse. Es giebt ein solches, nur hat jener unbestimmte Zug nach den Verhältnissen weit über das wahre Ziel desselben hinausgeführt.

XXII. Rechtsverhältnisse sind Beziehungen der Personen auf einander. Diese Beziehungen sind unendlich mannigfaltig, aber sie sammeln sich zu gewissen organischen Complexen durch die Verschiedenheit der Personen, unter denen sie bestehen. In dieser Gliederung der Beziehungen nach der Eigenschaft der Personen besteht das System der Rechtsverhältnisse.

Nicht alle Verschiedenheiten der Menschen sind Verschiedenheiten der Personen, und geben daher den Rechtsverhältnissen eine verschiedene Natur. Die Persönlichkeit ist ein Allgemeines, bei den verschiedensten individuellen Zuständen gleichmäßig denkbar, ja sie ist eben die Hervorhebung des Gleichen, was den Menschen ungeachtet ihrer individuellen Ungleichheit zukommt; als Person finde ich mich meinem Mitmenschen gleichstehend, so verschieden er auch von mir in Beziehung auf Talente, Gesinnung, Kraft des Geistes und des Körpers sein möge.

Aber es giebt eine Verschiedenheit der Menschen, welche die Persönlichkeit selbst afficirt, und dadurch zu einer Verschiedenheit der Personen geworden ist. Dieß gilt nur von den Eigenschaften, die auf einer dem Menschen gegebenen Bestimmung beruhen, und darum seinem Willen eine eigenthümliche Richtung geben. Der Mensch hat die Bestimmung, theils als Einzelner zu wirken, und sich auf andere Einzelne, theils als Glied eines Ganzen sich auf die anderen Glieder desselben Ganzen als solche zu beziehen. Keine dieser beiden Eigenschaften absorbirt die andere, vielmehr würde keine ohne die andere bestehen können; alles Leben hängt in der Vereinigung des Für sich und Für ein Anderes sein.

---

a) Ich wähle absichtlich dasselbe Beispiel, welches Savigny (System des heut. R. R. I § 8) gegeben hat, da sein ausgezeichnetes Werk als ein System, worin die Rechtsverhältnisse vorherrschen, erscheinen könnte.

Die Persönlichkeit des Menschen und somit seine Rechtsverhältnisse sind verschieden, jenachdem er in einer der folgenden Eigenschaften gedacht wird:

1) als Einzelner,
2) als Glied einer organischen Verbindung:
   a) der Familie,
   b) des Volks,
   c) der Kirche.

Nach diesen Unterschieden scheiden sich die Rechtsverhältnisse in Vermögens-, Familien-, öffentliche und kirchliche Rechtsverhältnisse, und das Recht selbst in Privatrecht (Vermögens- und Familienrecht), öffentliches Recht, Kirchenrecht.

Privatrecht.

XXIII. Die Rechtsverhältnisse, in welchen der Mensch als Einzelner steht, beziehen sich auf die äußeren Güter, deren er zu seinem Dasein bedarf. Diese Güter, die Erde mit dem, was sie hervorbringt, und was der Mensch daraus macht, sind für die Bedürfnisse bestimmt, die er hat, sofern wir ihn als Einzelnen denken, nur erweitert wird ihre Bestimmung dadurch, daß er zugleich Glied jener Verbindungen ist. Die Vertheilung dieser Güter unter die Einzelnen, und die rechtliche Gestaltung der Verhältnisse, in welche die Menschen in dieser Hinsicht zu einander treten, ist die erste Aufgabe des Rechts.

Das Recht faßt diese Güter nicht in ihrer ganzen natürlichen Mannigfaltigkeit auf, sondern es hebt an ihnen die allgemeine Eigenschaft hervor, daß sie für den Menschen und seine Bedürfnisse bestimmt sind. Diese Eigenschaft drückt das Wort Sache aus. Sache ist das, was schlechthin den Bedürfnissen der Menschen und ihrer Verfügung unterworfen ist, keine davon abhängige Bestimmung hat. Mittelbar aber kommen zu den äußeren Gütern auch noch die Kräfte des Menschen hinzu, insofern sie sich auf Sachen beziehen, die Gewinnung und den Gebrauch derselben vermitteln.

Diese Güter sind zugleich Gegenstand rechtlicher und wirthschaftlicher Betrachtung, beide aber sind sehr verschieden. Die letztere ist auf die Mittel gerichtet, sie uns in der Qualität und Quantität zu verschaffen, wie sie unseren Bedürfnissen am besten entsprechen, die Güter selbst also für uns zu verbessern und zu vermehren. Das Recht hat nun ihre Unterwerfung unter die Macht der Menschen, als einen Ausfluß der rechtlichen Freiheit zum Gegenstand, ihre Unterwerfung unter den Willen einer Person mit Rücksicht auf die Stellung, welche die andern vermöge der rechtlichen Freiheit dazu einnehmen. Ob diese Unterwerfung wirthschaftlich vortheilhaft ist, ändert die Entscheidung des Rechts in dem einzelnen Fall nicht, wohl aber werden wirthschaftliche Rücksichten auf die Bildung der Rechtssätze Einfluß haben. Sie gehören zu den Bedürfnissen, denen die Gestaltung der Rechtsinstitute entsprechen muß (§ 11).

Der Mensch unterwirft sich eine Sache, um die Bedürfnisse des äußeren Lebens dadurch zu befriedigen, er verschafft sich eine Macht über die Sache. Diese Macht wäre an sich eine bloß factische, indem sie aber durch das Recht gegeben, als eine der Person gebührende anerkannt ist, wird sie zu einer rechtlichen, einem Recht an diesem Gegenstand. Wenn ich eine Sache in meiner physischen Gewalt habe, sie besitze, so dient sie meinen Zwecken so lange, als ich die natürliche Fähigkeit habe, diese Gewalt zu bewahren; dieß ist also etwas factisches und prekäres. Spricht dagegen das Recht aus, daß mir die Sache gehöre, so giebt es mir eine rechtliche Gewalt über sie, die unabhängig ist von dem Zufälligen des Besitzes, so daß die Sache in meiner

Gewalt ist, auch wenn sie nicht in meiner physischen sich befindet. Die rechtliche Macht ist das Eigenthum, welches die Befugniß in sich schließt, die Sache jedem, der dem Eigenthümer die factische Gewalt über dieselbe entzieht und vorenthält, abzufordern.

Nun kann es sein, daß uns nicht daran liegt, eine Sache in dieser totalen Macht zu haben, die das Eigenthum ist, indem schon eine partielle unseren Bedürfnissen genügt. Ich will z. B. nur die Früchte der Sache auf Lebenszeit genießen, oder sonst einen partiellen Gebrauch davon machen, neben dem, da er nicht die ganze Bestimmung der Sache einschließt, das Eigenthum eines Andern an derselben wohl gar bestehen kann. Und doch ist es zugleich wünschenswerth, auch für diesen partiellen Nutzen den Vortheil, wie ihn das Eigenthum giebt, sich zu verschaffen, gegen jeden nämlich, der ihn antastet, unser Recht geltend machen zu können. Es wäre offenbar ein Luxus, der, sowie die Zahl der Personen gegen die Masse der Güter in ein Gleichgewicht tritt, unstatthaft wird, wenn ich z. B., um einen Weg auf meinen Acker mir zu verschaffen, das Eigenthum der Grundstücke, die zwischen ihm und der gemeinen Straße liegen, und die mir zu keinem andern Zweck brauchbar sind, erwerben sollte. Eben so inconvenient wäre es, wenn ich, indem ich meiner Wittwe den Genuß eines Landguts auf Lebenszeit sichern will, dieß nur um den Preis thun könnte, daß ich meinen Erben das Eigenthum entzöge, und sie zur Eigenthümerin machte, wenn ich also nur die Wahl hätte, entweder mehr oder weniger, als meine Absicht ist, zu geben. So sind Rechte entstanden an Sachen, die nicht im Eigenthum des Berechtigten sich befinden; ein Bestandtheil des Eigenthums ist hier einem Andern gegeben, und dadurch vom Eigenthum getrennt. Sie haben das mit dem Eigenthum als ihrer Quelle gemein, daß sie nicht bloß gegenüber dem Eigenthümer, der sie verliehen hat, sondern gegenüber Allen wirksam sind.

Die Entstehung dieser Rechte an Sachen neben dem Eigenthum, der Rechte an fremden Sachen, setzt einen vorgeschrittenen Zustand des Menschengeschlechts voraus, wo die Anhäufung der Menschen an demselben Ort den Ueberfluß der Güter schmälert, und eine Bedachtnahme auf öconomische Benutzung derselben herbeiführt. Ebenso ist es eine weitere Stufe der Entwickelung, welche die auf den Menschen als Einzelnen sich beziehenden Rechtsverhältnisse über die unmittelbaren Rechte an Sachen hinaus erweitert, und dieser Erweiterung einen beträchtlichen Umfang giebt.

Es läßt sich ein Zustand denken, wo das Recht des Eigenthums für die rechtlichen Beziehungen hinsichtlich der äußeren Güter vollkommen ausreicht. Jeder lebt mit seiner Familie abgesondert auf seinem Grundbesitz, der ihm alles, was seine einfachen Bedürfnisse heischen, darreicht; die fremden Kräfte, deren er bedarf, gewährt ihm seine Familie, die vielleicht durch Beherrschung Ueberwundener vermehrt ist. Ueber diese einfachen Zustände ist das Menschengeschlecht bald hinaus gegangen. Die Einzelnen treten aus ihrer Isolirung heraus, es entsteht ein Verkehr, darauf berechnet, dem Einen den Gebrauch oder die Resultate der Kräfte des Andern auf freiem Standpunkt, und daher gegenseitig zu verschaffen. Nicht jeder hat alle Güter, deren er bedarf, Sachen oder Kräfte, zu jeder Zeit in seiner Macht; dadurch entsteht das Bedürfniß einer gegenseitigen Aushülfe, die ebenfalls unter rechtlichen Schutz gestellt wird. Hat jemand gewisse Güter nicht, dagegen Ueberfluß an andern, so wird er sich jene durch Tausch mittelst dieser bei dem zu verschaffen suchen, bei welchem der umgekehrte Fall eintritt, entweder unmittelbar, oder durch Hülfe der Personen, welche das Geschäft des Handels, der Vermittelung jenes Ver-

kehrs übernehmen. Oder wenn dies nicht ausreicht, wird er den Eigenthümer der Güter, deren er bedarf, oder vermittelst welcher er sich die ihm nöthigen anschaffen kann, angehen, sie ihm auf Rückgabe vorzustrecken. Auf diese Weise entstehen die Obligationen: Verpflichtungen zu Leistungen, Rechte, die man Forderungen nennt. Erweitert wird die Sphäre der Obligationen durch die Möglichkeit von Rechtsverletzungen unter von einander unabhängigen Personen, insofern der Verletzende zu dem Ersatz des Nachtheils, den er widerrechtlich zugefügt hat, durch seine unerlaubte Handlung verpflichtet wird.

Diese Gattung von Rechtsverhältnissen nimmt an Wichtigkeit zu, je mannigfaltiger und verfeinerter die Bedürfnisse werden, und je mehr zugleich die persönliche Freiheit sich ausdehnt, je häufiger also auf der einen Seite das Bedürfniß fremder Kräfte eintritt, und je seltner auf der andern man durch eine Beherrschung von Personen über sie gebieten kann.

Der Inbegriff aller dieser Rechte einer Person, die sich auf die äußeren Güter direct beziehen, heißt ihr Vermögen. Das Eigenthum ist das Vermögen in seiner Ruhe und Stabilität, die Obligatio das Vermögen in seiner Bewegung und Veränderung. Auch daraus erklärt sich, wie bei fortschreitender Entwickelung das Recht der Obligationen eine immer größere Bedeutung gewinnt, indem das Vermögen immer mehr in den Verkehr, in die Bewegung hineingezogen wird. Es kommt eine Zeit, wo es nothwendig scheinen kann, diesen Zug durch sorgsames Festhalten des Eigenthumsprincips gegen eine übergroße Gewalt des Verkehrs zu hemmen. Die Geschichte eines Volks, wie die der Menschheit, ist einem von einer Anhöhe herabrollenden Stein vergleichbar, dessen Geschwindigkeit sich zuletzt ins Ungemessene vergrößert; Hemmung ist hier Fristung des Lebens, beschleunigte Bewegung Annäherung des Untergangs.

XXIV. Die Familie als eine natürliche, nicht auf dem Willen beruhende Verbindung liegt nicht in dem Rechtsgebiet, sie ist eine Verbindung der Menschen, nicht der Personen. Ja sie scheint sogar einer rechtlichen Gestaltung ihrer Verhältnisse, die durch jenen Umstand keineswegs ausgeschlossen ist, zu widersprechen. Denn sie ergreift das ganze Dasein des Menschen innig und ungetheilt, das Wesen der Ehe, ihres Fundamentalverhältnisses, besteht darin, daß die beiden Gatten sich vereinigen, Ein Leben fortan zu leben; so scheint die rechtliche Auffassung, die darauf ausgeht, den Menschen als Willenssubject zu betrachten, und diese abstracte Qualität über alle andern dominiren zu lassen, ihrem Wesen zu widersprechen, wie es gewiß ist, daß ein rechtliches Verhalten der Familienglieder gegen einander das wahre Leben der Familie vernichten würde.

Aber eben weil diese Verbindung das ganze Dasein des Menschen afficirt, ist sie von dem Gebiet des Rechts nicht abzuhalten. Nicht als ob das Recht mit usurpatorischer Gewalt in ihren Kreis eingreife, ist es umgekehrt die Familie, die mit der vollen Macht eines in sich fest verbundenen Ganzen in das Recht eindringt, dadurch aber zugleich von ihm ergriffen wird.

Die äußeren Güter sind dem Menschen zunächst als Einzelnem gegeben, aber seine rechtliche Ueberzeugung kann die Familie, welcher die Mehrung der Menschen und die Fortdauer ihres Geschlechts anvertraut ist, nicht von der Bestimmung des Vermögens ausschließen. Schon der älteste Rechtsspruch enthält dieß: „Seid fruchtbar und mehret euch, und füllet die Erde, und machet sie euch unterthan"; die Rechte aller Völker anerkennen, daß der Mensch Vermögen, wenn für sich, doch zugleich für die Seinigen erwerbe; nur die Rechts-

form, in welche sich dieser Gedanke ausprägt, ist verschieden. Bei allen Völkern spricht er sich im Erbrecht aus, in dem Uebergang des Vermögens eines Verstorbenen auf Ueberlebende. Das Vermögen bleibt der Familie, nur ist auch hier die nähere Ausführung dieses Gedankens verschieden, und in vielen Rechten ist eine mehr oder weniger willkürliche Anordnung der Erbfolge durch den Erblasser zugelassen, wodurch jener Uebergang auf die Familie in seiner natürlichen Ordnung, in Beziehung auf das ganze Vermögen oder gewisse Theile desselben, ausgeschlossen werden kann.

Aber die Beziehungen des Vermögens auf die Familie, zu denen außer dem Erbrecht noch die Güterverhältnisse unter Ehegatten und zwischen Eltern und Kindern gehören, sind nicht der einzige Grund des Eintritts der Familienverhältnisse in das Recht. Die Familie bildet das Mittelglied zwischen dem Einzelnen und der Volks- und Staatsverbindung. Das Gedeihen dieses Ganzen hängt von der Integrität des Familienlebens ab. Denn „wie wird der, welcher seinem eigenen Haus nicht weiß vorzustehen, die Gemeine versorgen", und „wer der Zucht seines Vaters nicht gehorcht", den Gehorsam lernen, auf welchem alle rechtliche Ordnung beruht? So muß die Ehe, das Fundament der Familie, es muß das Verhältniß zwischen Eltern und Kindern zu Rechtsverhältnissen werden, weil sie zu den Bedingungen der rechtlichen Ordnung gehören, weil das Recht das in seinen Bereich ziehen muß, ohne welches ihm kein gesichertes Dasein möglich ist. Wie endlich zu dem Staat, so steht die Familie auch in einer ähnlichen Beziehung zu der Kirche, auch zwischen dieser und dem Einzelnen bildet sie ein Mittelglied; wie für die politische, so hat sie die ihr Angehörenden auch für die kirchliche Verbindung zu erziehen.

Wir haben eine doppelte rechtliche Beziehung der Familie unterschieden, die auf das Vermögen, und darin liegt ihre rein privatliche Bedeutung, sodann die politische und kirchliche. Durch diese letztere weist sie in die folgenden Abtheilungen des Rechtsgebietes hinüber.

Oeffentliches Recht.

XXV. Auch die Volksverbindung ist, wie die Familie, eine natürliche, und daher eine Verbindung der Menschen, nicht der Personen, mit andern Worten: sie ist kein Rechtsverhältniß. Aber der große Unterschied besteht zwischen ihnen, daß jene soweit entfernt ist, etwas dem Recht widerstrebendes in sich zu tragen, daß durch sie vielmehr, wie oben ausgeführt worden, das Rechtsbewußtsein getragen und gehegt wird. So erhält sie denn auch sofort selbst eine rechtliche Gestalt, sie wird zu einer Verbindung der Personen, und als solche nennen wir sie Staat. Der Staat hat die Volksverbindung zu seiner natürlichen Grundlage, was in ihm noch hinzugekommen ist, ist die rechtliche Gestalt, welche die Elemente des nationellen Ganzen annehmen. Die Glieder des Volks werden zu Bürgern des Staats, zu Personen, und zwar in dieser Stellung zu öffentlichen Personen, die geistige Einheit des Volks verkörpert sich zu einer Obrigkeit, die natürliche Inspiration der Volksglieder durch nationellen Geist und Willen gestaltet sich zum rechtlichen Gehorsam gegen die Obrigkeit, die Macht des Volksgeistes prägt sich in die rechtliche Form der Staatsgewalt aus, die theils nach Innen, theils nach Außen thätig wird.

Das öffentliche Recht, welches den Verhältnissen des Menschen, in denen er sich als Glied des Staats befindet, rechtliche Form und Natur giebt, bezieht sich theils auf die inneren, theils auf die äußeren Staatsverhältnisse.

A) In seiner Richtung nach Innen bestimmt es vor allem die Verfassung des Staats, und diesen Theil des öffentlichen Rechts pflegt man (inneres) Staatsrecht zu nennen. Die Verfassung besteht in der Bildung der Organe, in welchen die öffentliche Thätigkeit vor sich geht, und ihrem Verhältniß zu einander. Die öffentliche Thätigkeit ist im Innern des Staats und in ihrem letzten Ende ein Gebieten und Gehorchen, der Wille, welcher gebietet, und welchem gehorcht wird, ist der allgemeine Wille, auf dem die politische Verbindung ruht; darin findet Gebot und Gehorsam im Staat seine Schranke. Das gebietende Organ ist die Obrigkeit, das gehorchende der Bürger, der Bürger aber ist in der Obrigkeit nur dem Ganzen gehorsam, durch dessen Repräsentation sie eben die Obrigkeit ist.

Die Staatsverfassungen sind vor allem verschieden nach dem Subject der obrigkeitlichen Gewalt. Die Entstehung dieser Verschiedenheiten läßt sich so denken. Die Nation ist aus der Familie hervorgegangen, die Erweiterung der letzteren und ihre Spaltung in entferntere Zweige hat jene vorbereitet. So lange in diesen Verzweigungen noch das Bewußtsein der Familiengemeinschaft herrschte, war das Familienoberhaupt noch immer nur dieses, seine Herrschaft hatte keinen rechtlichen Charakter. Mit dem Verschwinden jenes Bewußtseins ging diese Herrschaft nicht unter, aber sie begann eine rechtliche Natur anzunehmen, das Familienhaupt war für jene entfernteren Zweige nicht mehr dieses, sondern Volksoberhaupt und Obrigkeit, und damit war das Volk zugleich zu einem politischen Körper geworden. Diese patriarchalische Verfassung, dem Familienstand ähnlich und aus ihm unmittelbar hervorgegangen, ist die älteste gewesen, aus ihr haben sich die übrigen entwickelt. Als Oberhaupt wurde das Haupt der Familie anerkannt, welche als der ursprüngliche Stamm des ganzen Volks betrachtet ward. Aber die vornehmste Familie konnte selbst wieder in mehrere sich spalten, oder sie erlosch, und es mochten mehrere auf diesen Vorzug Anspruch machen. So konnte das Regiment an mehrere Familien und deren Häupter zugleich kommen, dadurch entstand eine republikanisch-aristokratische Verfassung. Diese herrschenden Familien erscheinen als die eigentlichen activen Glieder des Gemeinwesens, das übrige Volk nur als ein Anhang, der in einer passiven Stellung gehalten wurde. Dieses Heraustreten aus der ältesten Einfachheit der patriarchalischen Verfassung ist zugleich der erste Anstoß zu einer Bewegung, die sich verzögern, aber nicht völlig einhalten läßt. Der Schlußstein des Gebäudes ist mit der Entfernung des Einen Hauptes weggenommen, allmählich stürzt das ganze Gebäude nach. Am nächsten steht diese Verfassung äußerlich wenigstens der ältesten, wenn die herrschenden Familien sich zu der Resignation verstehen, einem Einzigen die wirkliche Führung anzuvertrauen, gegen den die übrigen Proceres nur eine potentielle, oder wenn eine actuelle, doch eine beschränkte und untergeordnete Theilnahme an der Regierung haben. Aber da einmal der Zauber der natürlichen Unterordnung gebrochen ist, so wird es nicht fehlen, daß das Gefühl der Gleichheit mit dem Oberhaupt zu immer größerer Beschränkung desselben antreibt. Es wird, wenn das Oberhaupt nicht freiwillig weicht, ein Kampf zwischen ihm und dem aristokratischen Element sich entspinnen. Siegt das letztere, so wird die republikanische Verfassung in der Obergewalt der herrschenden Familien zur Vollendung kommen, neben welcher der Regent nur als ein oberster Magistrat erscheint. Hier tritt nun die Bevorzugung der herrschenden Bürger vor dem übrigen Volk grell und empfindlich hervor. Dem Drang nach oben, dem diese Verfassung ihr Dasein verdankt, wird sie auch unterliegen. Das übrige Volk wird in der Passivität,

die ihm die Vornehmen bestimmen, nur so lange bleiben, als die Verhältnisse, die sie erzeugt haben oder begünstigen, mächtig genug sind, die Gemeinen in ihrer Resignation zu erhalten, oder ihrem Streben nach Gleichheit zu widerstehen. Aus diesem Andrang der Gemeinen kann eine Verfassung entstehen, die ein Gleichgewicht zwischen jenen Elementen des Staats herstellt, aber auch eine reine Demokratie, eine Herrschaft der Gemeinen, die in der Wirklichkeit freilich durch die natürlichen Einflüsse des Reichthums, die Erziehung des Berufs, welche stets neue aristokratische Elemente hervortreiben, modificirt wird. Die Demokratie liefert das Volk entweder einem auswärtigen Eroberer in die Hände, oder es entsteht ihm im Inneren unter den Unruhen der vielhäuptigen Herrschaft ein Alleinherrscher, welchen die Usurpation, auf die seine Gewalt sich gründet, zum Tyrannus macht.

In diesen Verfassungen hat sich vornehmlich das Alterthum hin und her bewegt. In der neueren Zeit, unter der Herrschaft der germanischen Stämme hat die Monarchie das Uebergewicht erhalten, welche weder einen patriarchalischen noch einen usurpatorischen Ursprung hat. Der Vortheil, den wir aus diesem entschiedenen Uebergewicht der monarchischen Verfassung ziehen sollen, ist, daß die Frage nach dem Subject der obrigkeitlichen Gewalt für uns in ein untergeordnetes Verhältniß tritt, und dagegen die bedeutendere nach der Natur dieser Gewalt und ihrer Ausübung die ihr gebührende erste Stelle einnimmt.

Der allgemeinste Inhalt der Monarchie ist, daß sich der Begriff der Obrigkeit in dem Fürsten verkörpert, so daß alle obrigkeitliche Thätigkeit als von ihm ausgehend gedacht wird, und daß, wenn Andere sie ausüben, dieß nur in seinem Namen geschieht, möge die Uebertragung dieser Ausübung durch einen Auftrag oder in einer andern Rechtsform erfolgen.

Damit aber ist der Begriff der Monarchie noch nicht vollendet, denn dasselbe würde sich auch bei dem höchsten Magistrat einer Republik denken lassen, der die obrigkeitliche Gewalt im Namen der Gesammtheit der Bürger ausübt, während alle andern Behörden als seine Beauftragte betrachtet würden. Das Eigenthümliche der Monarchie besteht darin, daß auch der Fürst selbst die obrigkeitliche Gewalt in seinem eigenen Namen ausübt, und darin liegt, daß er sie als ein Recht hat, welches ihm zusteht. Daß er sie in seinem Namen ausübt, unterscheidet den Monarchen von dem republikanischen Magistrat und dem Beamten,[a]) daß sie ihm als ein Recht zusteht, von diesem und dem Usurpator, daß dieses Recht einen rein rechtlichen Ursprung hat, von dem patriarchalischen Herrscher.

Die Monarchie also ist die obrigkeitliche Gewalt als Recht einer Person. Die Natur dieses Rechts bestimmt sich nach diesem seinem Inhalt vor allem so, daß es ein öffentliches Recht ist, welches daher dem Fürsten als öffentlicher Person zusteht, also insofern wir ihn als Glied des Staats, in einer Verbindung mit den übrigen Gliedern derselben denken. Das Verhältniß zwischen Fürsten und Unterthanen ist ein gegenseitiges, es ist nicht denkbar ohne Anerkennung auch der Unterthanen als öffentlicher Personen, als Subjecte öffentlicher Rechte. Wir können den Inhalt dieses Verhältnisses als gegenseitige Huld und Treue für die zu lösende Aufgabe des Staats ausdrücken, Huld und

---

a) Es ließe sich denken, daß der Monarch zugleich eine doppelte obrigkeitliche Person wäre, wenn sein Land einem größeren Gemeinwesen und Reich angehört, so daß er in Reichssachen im Namen des Reichsoberhauptes thätig wäre, in Landessachen in seinem eigenen. In letzterer Hinsicht wäre er Monarch, in ersterer Beamter.

Treue im Regiment, Huld und Treue im Gehorsam. Es kommt nur darauf an, die rechtliche Form für diesen Inhalt zu finden, die ihn einzuschließen und zu wahren geeignet ist.

Eine solche rechtliche Form war der Feudalnexus, ein Eigenthumsverhältniß, das aber eine persönliche Verbindung der in demselben Stehenden, die Lehenstreue, in sich schließt. Wenn eine freie Verfassung die genannt werden kann, worin der Herrscher auch in seiner politischen Stellung nicht bloß dieses ist, der Unterworfene auch als Unterthan nicht bloß unterworfen, sondern zugleich mit einem Recht versehen, so war die auf die Feudalverfassung gegründete eine freie. Der Vasall hat ein Recht auf Treue an der Person des Herrn, und indem sich dieser Nexus abwärts in analogen Verhältnissen fortsetzte, war das letzte Glied des Gemeinwesens mit dem Haupt in einer politischen Verbindung, und wenigstens mittelbar frei.[b]) Diesem Gewand ist die Welt entwachsen, in seiner Mischung des Oeffentlichen mit privatrechtlichen Anschauungen, in seiner Anwendung des Eigenthumsbegriffs auf die öffentlichen Beziehungen paßte das Feudalverhältniß nur für einfachere Zustände, und beschränktere Anforderungen, als sie unser Erbtheil sind.

Die Aufgabe ist, das Verhältniß zwischen Fürsten und Unterthanen in seiner Reinheit, mit Abstreifung theils der familienhaften, theils der privatrechtlichen Reminiscenzen, in eine rechtliche Form zu bringen, in eine Form aber, welche dem vollen Inhalt des Verhältnisses sich anbequemt. Diese Form ist die einer Herrschaft über Personen, aber einer Herrschaft, die einer öffentlichen Person über öffentliche Personen zusteht, und deren Inhalt sich nur auf diese Eigenschaft der Personen bezieht. Keine Herrschaft über Personen aber ist eine reine Herrschaft (zum Unterschied von der Herrschaft über Sachen), auch die Unterthanen stehen in dieser fürstlichen Gewalt als Personen, mithin als Berechtigte, der Fürst hat nicht bloß Rechte über, sondern auch Pflichten gegen Unterthanen als solche. Die Schranke, die darin für die fürstliche Gewalt liegt, läßt sich im allgemeinen so ausdrücken: diese Gewalt ist keine andere als die obrigkeitliche, und der Gehorsam der Unterthanen gegen den Fürsten ist Gehorsam gegen die Obrigkeit.

Ein auffallender und doch sehr gewöhnlicher Mißgriff ist es, diesem Verhältniß einen privatrechtlichen Charakter zu geben. Dieß ist der gemeinschaftliche Irrthum zweier großer politischer Parteien, die einander gegenüber stehen. Die eine Partei giebt dem Recht des Fürsten einen privatrechtlichen Charakter, indem sie es entweder wie ein Analogon der väterlichen Gewalt, oder der Vormundschaft, wenn nicht gar als ein Eigenthum betrachtet; die andere behandelt das Recht der Unterthanen als ein Privatrecht, indem sie es jedem Einzelnen als solchem zuschreibt, und so die Einzelnen als solche, vereinzelt oder in beliebig von ihnen eingegangenen Associationen, zum Widerstand gegen die Regierung, und zur Theilnahme an derselben berechtigt. Durch diese Verwandlung in Privatwillkür wird die öffentliche Freiheit unterdrückt, wenn sie einer energischen Regierung gegenübertritt, gegenüber einer schwachen siegt sie auf Kosten der wahren Freiheit, die von dem Wohl des Ganzen untrennbar ist.

Die öffentlichen Rechte kommen den Personen nur als Gliedern des Ganzen

---

b) Ich versage mir ungern, die Erinnerungen Göthe's aus einer Zeit, wo diese Verfassung in Deutschland zu ihrem Ende ging, hier einzuschalten (Nachgelassene Werke B. 8. S. 69—72 der Duodezausg.). Die Stelle ist ein schönes Denkmal jener Zustände von ihrer Lichtseite; sie werden nicht wiederkehren, und so mag die Annehmlichkeit dieser einseitigen Betrachtung für einmal gestattet sein.

und in diesem zu. Nichts ist für das volle Gedeihen der Staaten wesentlicher, als daß dieses Gefühl des Bürgers stets lebendig erhalten, und bei der Ausübung öffentlicher Rechte nicht von dem Trieb nach Isolirung unterdrückt werde. In größeren Staaten dienen dazu die öffentlichen Corporationen, in denen der Bürger seine öffentlichen Rechte ausübt, und durch die sein Zusammenhang mit dem ihm entfernter liegenden Ganzen aufrecht erhalten wird. Unter diesen Corporationen ist wiederum eine Gliederung möglich und bei einem ausgedehnten Reich rathsam, so daß die untersten Corporationen sich zu größeren vereinigen: status oder Ständen, aus denen dann erst eine die Gesammtheit der Bürger repräsentirende und ihre Rechte ausübende Versammlung hervorgehen mag.

Das öffentliche Recht bestimmt auch die Aufgabe, welche die Obrigkeit hat, und die Art und Weise, wie sie dafür thäthig wird. Das Oberhaupt bedarf zu dieser Thätigkeit Gehülfen, denen es die Ausübung gewisser Functionen als ein Amt überträgt, das sie in seinem Namen verwalten. Der Gehorsam des Beamten gegen das Oberhaupt des Staats ist anderer Natur als der des Bürgers, es ist der des Dieners gegen seinen Herrn. Aber auch er ist beschränkt, nämlich durch die Natur des Dienstes, den der Beamte übernommen hat. Dieß wird besonders wichtig bei den Beamten für die Rechtspflege, die in wohlgeordneten Monarchien zwar im Namen, aber ohne unmittelbaren Einfluß der Fürsten auf die Entscheidung eines einzelnen Falles verwaltet wird.

Ueber die Aufgabe der Obrigkeit und den Umfang ihrer Thätigkeit (über die Zwecke des Staats, wie man sich gewöhnlich ausdrückt) sind die Ansichten verschieden. Alle kommen darin überein, daß die Aufrechterhaltung der rechtlichen Ordnung eine Aufgabe des Staats sei: bestritten ist nur, ob der Staat noch andere, von diesem unabhängige Zwecke habe. Wir fassen zunächst jene von jedermann anerkannte Aufgabe ins Auge.

Die Thätigkeit für die Wahrung der rechtlichen Ordnung ist theils eine unmittelbare, theils eine mittelbare.

Die unmittelbare auf jenen Zweck gerichtete Thätigkeit läßt sich als Anwendung der Rechtsvorschriften auf die Verhältnisse, die dadurch bestimmt werden sollen, bezeichnen. Diese Anwendung des Rechts setzt zweierlei voraus: Gewißheit der Rechtsvorschriften, und Beurtheilung der Verhältnisse nach ihnen, zu dem Zweck, um die Verhältnisse mit den Vorschriften in Einklang zu setzen. In der ersten Beziehung kann es Bedürfniß werden, eine etwaige Ungewißheit über die gemeinsame rechtliche Ueberzeugung durch eine ausdrückliche Fortsetzung des Rechtssatzes zu entfernen; von dieser Thätigkeit, der Gesetzgebung, ist oben (§ 14) die Rede gewesen.

Die Verhältnisse mit dem, was das Recht fordert, in Uebereinstimmung zu bringen, ist die Aufgabe der richterlichen Thätigkeit. Das Eingreifen derselben setzt eine Störung dieses Einklangs der Verhältnisse mit dem Recht voraus, einen Zwiespalt zwischen Factum und Recht, ein Unrecht, welches durch den Richter beseitigt werden soll. Die Handlungen, welche zur Erreichung dieses Ziels nöthig sind, bilden das gerichtliche Verfahren, den Proceß; die Form, Ordnung und Bedeutung derselben ist durch Rechtssätze vorgeschrieben, welche das Proceßrecht genannt werden.

Das Unrecht, durch welches ein gerichtliches Verfahren veranlaßt wird, kann von doppelter Art sein, und hiernach ist das Verfahren ein doppeltes.

Es ist möglich, daß das Unrecht lediglich in einer Verletzung solcher Rechte besteht, deren Existenz überhaupt oder in einem gewissen hier in Frage kom-

menden Umfang bestritten werden kann. Die Handlung oder Unterlassung des Einen, die der Andere als eine Rechtsverletzung qualificirt, ist hier nur in so fern eine rechtswidrige, als dem angeblich Verletzten das Recht, das er geltend macht, überhaupt oder in dem behaupteten Umfang zusteht, und diese Berechtigung kann von dem Gegner in Abrede gestellt werden. So wenn jemand behauptet, der Besitzer einer Sache verletze durch diesen Besitz sein Eigenthum an dieser Sache, oder ein anderer verletze durch seine Weigerung, ihm eine gewisse Geldsumme zu entrichten, die Forderung, die er gegen ihn auf diesen Gegenstand habe. Man kann dieses das relative Unrecht nennen; es ist das Unrecht, welches den Schein des Rechts annimmt. Der Gegner, welcher die Anerkennung der Ansprüche verweigert, behauptet, selbst Recht zu haben, es ist ein Streit um das Recht, welcher durch den Richter entschieden werden soll. Das Verfahren nun, welches die Entscheidung von Rechtsstreitigkeiten, und folgeweise die Beseitigung jenes relativen Unrechts zum Zweck hat, ist der Civilproceß. Man schränkt den Civilproceß gewöhnlich auf die Streitigkeiten um Privatrechte ein; dieß ist eine willkürliche Beschränkung. Alle Rechte, deren Existenz bestritten werden kann, deren Verletzung also den Charakter eines relativen Unrechts hat, auch öffentliche Rechte unter dieser Voraussetzung sind im Weg des Civilprozesses geltend zu machen, wofern die Verfassung eines Staats nicht etwa diesen Rechten den ordentlichen Schutz dadurch entzieht, daß sie keine Behörde als competent für solche Rechtsstreitigkeiten anerkennt.

Das Unrecht kann aber auch ein absolutes sein; dieß ist der Fall, wenn es eine Verletzung nicht bloß von Rechten, deren Existenz bestritten werden kann, sondern eine Verletzung des Rechts überhaupt, ein Bruch der rechtlichen Ordnung ist. Ein solches Unrecht heißt Verbrechen. Das Verbrechen setzt zweierlei voraus, einmal, daß der Wille des Handelnden sich mit dem Recht in Opposition gestellt, sich über dasselbe erhoben hat, sodann, daß Rechte durch die Handlung verletzt worden sind. Dieses zweite Erforderniß des Verbrechens, die Verletzung, enthält wieder ein zweifaches Element, ein objectives: Beeinträchtigung einer fremden Rechtssphäre, ein subjectives: sie muß durch die Handlung selbst verursacht sein, also nicht bloß durch die äußere That, sondern auch durch den Willen des Handelnden; dieß wird so ausgedrückt: die Verletzung muß ihm zugerechnet werden können. Diese Zurechnung darf nicht mit jenem ersten Erforderniß des Verbrechens, dem auf das Unrecht gerichteten Willen, verwechselt werden: jene kann ohne diese vorhanden sein. Es ist in dieser Beziehung ein Unterschied, je nachdem unbestreitbare Rechte verletzt werden, z. B. die Existenz einer Person, oder solche, deren Verletzung auch ein relatives Unrecht sein könnte. Im ersten Fall ist mit der Zurechnung auch jenes erste Erforderniß des Verbrechens gegeben, der Wille des Handelnden kann nur ein verbrecherischer sein. Im zweiten Fall entscheidet die Zurechnung noch keineswegs über die Existenz des ersten Erfordernisses: wenn ich z. B. dem Andern eine Sache entziehe und dadurch sein Recht verletze, so kann mir diese Verletzung zugerechnet werden, ohne daß vielleicht mein Wille auf das Unrecht gerichtet, also ohne daß diese Verletzung ein Verbrechen ist.

Die Wiederherstellung der rechtlichen Ordnung gegen das Verbrechen geschieht durch die Bestrafung des Verbrechers. Das Recht, welches diese Bestrafung vorschreibt, und daher die Verbrechen und ihre Strafen bestimmt, das Criminal- oder Strafrecht, ist ein Theil des öffentlichen Rechts, weil es den Menschen in seinem Verhältniß zur Gesammtheit, der er sich als

Verbrecher gegenüberstellt, betrifft. Das gerichtliche Verfahren, welches die Bestrafung des Verbrechers zum Zweck hat und das wegen dieses Zweckes vom bürgerlichen Proceß sich unterscheidet, heißt der Criminalproceß. Hier finden wir nun, daß in der Wirklichkeit criminelles Recht und Verfahren keineswegs so weit ausgedehnt worden sind, als der Begriff des absoluten Unrechts reicht. Manches Unrecht, welches sich als absolutes darstellt, wird als ein bloß relatives behandelt und lediglich im Weg des Civilprocesses verfolgt. Diese Abweichung kann ihren Grund in der Unvollkommenheit der Rechtseinsicht eines Volks haben; dann wird sie bei fortschreitender Entwickelung des Rechtsbewußtseins an Umfang verlieren. Zuweilen aber sind die Grenzen zwischen den beiden Classen von Rechtsverletzungen, wenn auch im Begriff genau erkannt, doch in dem einzelnen Fall schwer zu ermitteln, und es wird daher die läßlichere Behandlung als relatives Unrecht vorgezogen, oder es ist der äußere Erfolg des Unrechts, der durch seine geringere Erheblichkeit zu jener Abweichung veranlaßt.

Bisher war von der unmittelbar auf die Erhaltung der rechtlichen Ordnung gerichteten Thätigkeit, dem Richteramt der Obrigkeit die Rede. Damit aber hat sie ihre Aufgabe noch nicht erfüllt. Die rechtliche Ordnung wurzelt in dem Rechtssinn, der das Volk durchdringt; ohne von diesem getragen zu sein, würde die richterliche Thätigkeit nur einen sehr prekären Erfolg haben. Vor allem leuchtet dieß ein, wenn wir bedenken, daß es ja zur Ausübung des Richteramts Menschen bedarf, deren Rechtssinn doch nicht wieder bloß durch die Gerichte garantirt sein kann; aber auch abgesehen davon, wenn in der überwiegenden Mehrzahl des Volks bloß die Drohung des Zwangs oder der Strafe wirkte, so würden die Gerichte bald ihrer Aufgabe nicht mehr genügen können, wollte man auch einen in diesen Zustand versunkenen Staat noch einen Staat nennen. Es liegt daher in der Aufgabe der Obrigkeit, die ihr anvertrauten Menschen zu dem rechtlichen Gemeingeist zu erziehen, der sie innerlich erst zu wahren Bürgern macht, und somit auch der intellectuellen, sittlichen und religiösen Bildung, ohne die jene bürgerliche Erziehung nicht möglich ist, ihre Fürsorge zu widmen. Ebenso hat sie ihre Thätigkeit auf die Vermehrung der leiblichen Wohlfahrt der Bürger zu richten, nicht bloß insofern darin, wie in der geistigen Bildung, eine Garantie gegen Störungen der rechtlichen Ordnung im Innern des Staats liegt, sondern auch weil in ihr zugleich die Mittel für das Dasein des Staats überhaupt und seine Erhaltung gegen Außen gegeben sind.

Man nennt diese Fürsorge für das geistige und leibliche Wohl der Bürger die polizeiliche Thätigkeit des Staats. Sie hat vor allem einen schirmenden Charakter; die Erziehung des Menschen durch Familie und Kirche, die Lehre durch Rede und Schrift, die von Einzelnen oder Corporationen ausgeht, die industriellen Unternehmungen endlich können auf Hindernisse stoßen, deren Entfernung in der Macht, und damit auch der Pflicht der Obrigkeit liegt. Aber auch eine positive Einwirkung auf diese geistigen und materiellen Interessen, sofern sie zugleich gemeinsame sind, und den Menschen auch als Glied des Staats berühren, ist nicht auszuschließen. Wie weit dieses positive Eingreifen der Regierung gehen dürfe, ist schwer durch allgemeine Regeln zu bestimmen; eine allzuweit getriebene Lässigkeit kann unter Umständen schädlich werden, eine übermäßig bevormundende Regierungsgeschäftigkeit ist es fast immer. Eine Gewähr gegen dieses letztere Extrem wird es sein, wenn die Obrigkeit ihr eigentliches Ziel, die Erhaltung der rechtlichen Ordnung, im

Auge behält, und jene Thätigkeit als eine, nur mittelbar, auf dasselbe Ziel gerichtete erkennt.

Einfacher freilich würde die Aufgabe insbesondere theoretisch sich stellen, wenn die Ansicht richtig wäre, die von vielen Politikern mit Eifer verfochten wird, daß der Staat die ganze Bestimmung des Menschen, wenigstens seine irdische vollständig in sich schließe. Dann würde die obrigkeitliche Thätigkeit gar keine Grenze haben, als etwa in der factischen Unmöglichkeit, diesem unermeßlichen Beruf zu genügen. Den Menschen als Glied des Staats betrachten, würde nach dieser Ansicht so viel heißen, als ihn in seiner Totalität auffassen. Darin aber liegt eben die thatsächliche Widerlegung dieser Theorie, die, in der Isolirung der Speculation oder unbegrenzter Herrschsucht entsprungen, von dem Gefühl der Nationen selbst mit Entschiedenheit zurückgewiesen wird.

B) Die äußere Seite des Staats ist die den andern Staaten zugewendete. Die Verhältnisse, in welche die Menschen, welche verschiedenen Völkern angehören, zu einander treten, sind ebenfalls öffentliche, soweit sie aus ihrer Eigenschaft als Glieder verschiedener Staaten hervorgehen. Der Handelsverkehr z. B. zwischen verschiedenen Nationen ist zunächst ein Privatverhältniß, wenn wir die Handelnden lediglich als Einzelne betrachten; ist aber dem fremden Kaufmann ein besonderer Schutz darum zugesagt, weil er Bürger eines gewissen Staats ist, so wird er ein öffentliches Verhältniß, ein Verkehr zwischen den Staaten, so daß die Staaten in ihren Gliedern selbst als Personen auftreten. Von dem Standpunkte des einzelnen Staats aus ist das Recht, welches seine Verhältnisse zu andern Staaten bestimmt und die Thätigkeit des Staats ordnet, die auf die Constituirung und Erhaltung der Verhältnisse, also zugleich auf die Wahrung der selbständigen Existenz des Staats gerichtet ist, das *auswärtige Staatsrecht*. Indem aber alle Staaten, die in solchen Beziehungen zu einander stehen, Rechtssätze anerkennen, auf denen diese Beziehungen ruhen, entsteht ein *Völkerrecht*, dessen Inhalt der ist, daß dadurch die Persönlichkeit der einzelnen Staaten anerkannt, und ihre Wirksamkeit in gegenseitigen Rechten garantirt wird. Die wirkliche Ausführung dessen, was das Völkerrecht vorschreibt, gegen ein relatives oder absolutes Unrecht, in welchem ein Staat gegen einen andern sich befindet, ist hier allerdings zunächst der Selbsthülfe, also der eigenen Macht des verletzten Staats überlassen und insofern prekär. Aber es wird erwartet, daß die Macht des schwächeren Staats durch die der andern ergänzt wird, die zu dieser Hülfe theils von dem Gefühl des Rechts, theils von ihren Interessen getrieben werden.

C) Der Staat steht noch in einer ganz eigenthümlichen Beziehung zur Kirche, die zugleich in ihm und außer ihm ist. Verschiedene Staaten sind gleichartige Verbindungen, die durch äußere Grenzen geschieden sind, Staat und Kirche sind nicht durch eine Trennung des äußeren Gebiets, sondern durch die Ungleichartigkeit ihres Wesens unterschieden. Beide sind aneinander gewiesen; der Staat erhält von der Kirche die Erziehung seiner Bürger zu dem Gehorsam gegen Gottes Gebot, welcher der wahre Grund alles Gehorsams ist, auch des Gehorsams gegen die Obrigkeit (als „Gottes Dienerin"), und zugleich der Treue der Gewalthaber in ihrem Beruf: die Kirche erhält vom Staat den äußeren Schutz ihres rechtlichen Daseins. Die Rechte des Staats gegenüber der Kirche und ihre durch seinen Beruf und die Selbständigkeit der Kirche gegebenen Schranken bestimmt der Theil des öffentlichen Rechts, den man das *Kirchenstaatsrecht* nennt.

Kirchenrecht.

XXVI. Dem Menschen ist außer den natürlichen Verbindungen der Familie und des Volks noch eine übernatürliche bestimmt, die ihn über das irdische Dasein hinaus zu Gott führt. Die Religion als ein wesentlich gemeinsames Bewußtsein von Gott kommt in einer Vereinigung der dieses Bewußtsein Theilenden zur Erscheinung. Die Gemeinschaft der Gläubigen ist nichts zufälliges, sie ist mit der Existenz der Religion selbst gegeben.

Es giebt nationelle Religionen; bei diesen fällt die religiöse Gemeinschaft mit der nationellen und politischen zusammen, es ist keine von dem Volk und Staat verschiedene Verbindung, welche aus diesen Religionen hervorgeht. Das Christenthum dagegen ist die von den nationellen Schranken befreite Religion, auch seine Erscheinung in der Gemeinschaft seiner Bekenner muß daher diesem seinem wesentlichen Charakter angemessen, die christliche Religionsverbindung muß eine gegen das Volk und den Staat selbständige sein. Auf dieser Selbständigkeit beruht der Begriff der Kirche.

Wenn die Römer das ius sacrum nur als einen Theil des ius publicum betrachteten, so war dieß der Beschaffenheit ihrer Religion vollkommen angemessen. Das Recht der christlichen Kirche dagegen tritt wesentlich als ein dritter Zweig des Rechts neben das Privatrecht und das öffentliche.

Die Kirche ist die Gemeinschaft aller Gläubigen, welche von Christus selbst zu einer sichtbaren gemacht ist durch das Gebot der Verkündigung des göttlichen Worts in ihr, und durch die Einsetzung der Sacramente. Sie ist die sichtbare Darstellung des Reichs Gottes auf Erden.

Diese Verbindung erhält nun eine rechtliche Gestalt, die Kirche in jenem geistlichen Sinn wird eine Kirche im rechtlichen Sinn, wie aus der Volksverbindung eine politische, ein Staat wird. Dieser Schritt ist so wenig dort wie hier ein willkürlicher; der Inhalt der geistlichen Kirche, insofern sie eine Verbindung von Menschen ist, führt selbst auf die rechtliche Gestaltung derselben.

Die Kirche beruht auf dem gemeinsamen Glauben und seiner Thätigkeit. Diese ist die Liebe zu Gott und durch ihn zu den Brüdern, welche für das ewige und zeitliche Heil der Brüder sorgt: durch Lehre, Gebet, Sacramente, Pflege. Die im Glauben und in der Liebe, daher denn auch im Bewußtsein der Gemeinschaft mit Gott und den Brüdern vorgenommenen Handlungen bilden den christlichen Gottesdienst. Jedes Glied, das eine gottesdienstliche, also eine Handlung im Bewußtsein der Gemeinschaft vornimmt, ist Vertreter der Gemeinschaft, es erkennt sich als Glied derselben, und die übrigen erkennen diese Handlung als eine von dem ganzen Leibe, den sie mit jenem bilden, ausgegangene, die Kirche selbst ist in ihren Gliedern thätig.

Um die ununterbrochene und allseitige Thätigkeit der Kirche vom Zufall unabhängig zu machen, und das Bewußtsein der Gemeinschaft lebendig zu erhalten, sind Organe aufgestellt, denen die kirchliche Thätigkeit als ein besonderer Beruf aufgetragen ist, und die, jedes in seiner Sphäre, rechtlich als Vertreter der Gemeinschaft gelten. Diese Organe sind einmal die Gemeinden, in welche die Kirche sich gliedert, so daß jedes Kirchenglied in einer Gemeinde sich befinden und in ihr für das Ganze thätig werden soll, während die Gesammtheit der Gemeinden rechtlich die Kirche darstellt. Das andere Organ bilden die Kirchenämter, der Dienst an der Kirche und den Gemeinden, welche auf jene Elemente der kirchlichen Thätigkeit: Lehre, Sacramente, Pflege, entweder unmittelbar, durch Ausübung derselben, oder mittelbar, durch Beaufsichtigung und Fürsorge für die Erhaltung dieser Thätigkeit, gerichtet ist.

Diese Vertretung der Kirche durch die Gemeinden und Kirchenämter, in denen die Kirche eine rechtliche Gestalt erhält, ist der Gegenstand des Kirchenrechts, welches die Aufstellung und Wirksamkeit jener Organe bestimmt, und zugleich die Theilnahme an der Kirche als einer rechtlichen Verbindung ordnet, indem es die Frage beantwortet: wer als Glied dieser rechtlichen Kirche zu betrachten sei.

Es läßt sich ein inneres und äußeres Kirchenrecht unterscheiden. Das letztere bestimmt die Beziehungen der Kirche zum Staat, und sofern mehrere Kirchen neben einander existiren, die Verhältnisse einer Kirche zu den übrigen.

XXVII. Die bisherige Darstellung hat gezeigt, wie die Verhältnisse der Personen nach der Stellung dieser sich scheiden und zu besonderen Massen zusammenschließen: als Privatrechtsverhältnisse, öffentliche, kirchliche Rechtsverhältnisse, und wie sich so das Recht selbst, welches sie ordnet, in drei Theile sondert.

Jeder dieser Theile hat seine eigenthümliche Aufgabe, aber sie stehen als Glieder Eines Organismus nicht bloß unter Einem sie gleichmäßig durchdringenden Princip, dem der Persönlichkeit und ihrer Wirkung, sondern sie greifen mannigfaltig in einander ein. Die Familie wirkt auf das Vermögen, indem sie es auf sich bezieht, dieß geschieht nicht ohne eine Rückwirkung der Vermögensverhältnisse auf die Gestaltung der Familie. Staat und Kirche wirken auf die Familie und auf das Vermögen, indem sie der Familie einen besonderen (politischen und kirchlichen) Beruf geben, und ebenso dem Vermögen eine Bestimmung für kirchliche und politische Zwecke.

Es giebt aber auch ein abnormes Uebergreifen des Princips eines Theils des Rechtsgebiets in den andern. Dem Menschen wohnt der Trieb inne, die Außenwelt nicht bloß auf sich, wodurch überhaupt das Recht seinen Stoff erhält, sondern auf sich als Einzelnen zu beziehen; daraus entspringen, wenn er nicht beherrscht wird, die abnormen Einflüsse des privatrechtlichen Princips auf das Gebiet des öffentlichen Rechts, wie sie der Despotismus auf der einen und das Streben nach einer ungemessenen Einzelfreiheit auf der andern Seite zeigt.

Ein solcher Uebergriff, wodurch ein Princip in dem Gebiet des andern die Oberhand erhält, wird stets zum Nachtheil beider, des antastenden sowohl als des angetasteten, ausschlagen, indem jedes in seinem Gebiet in dem Maße geschwächt, als es in dem andern mächtig wird. So ist mit der Despotie, welche in der Auffassung der obrigkeitlichen Gewalt als eines Privatrechts besteht, eine Unsicherheit der wirklichen Privatrechte, die den willkürlichen Eingriffen der Staatsgewalt ausgesetzt werden, verbunden, und dieselbe Folge pflegt der Sieg revolutionärer Gesinnungen zu haben.

Anders, wenn die Mischungen privatrechtlicher und öffentlicher Principien in dem natürlichen Gang der erst allmählich zur Unterscheidung fortschreitenden Entwickelung ihren Grund haben. Hier tragen sie als bloße Uebergänge selbst den Keim des Fortschritts zur Läuterung in sich. In diesem Licht haben wir die Mischung staats- und privatrechtlicher Anschauungen zu betrachten, welche die Feudalverfassung als eine frühere Bildungsstufe des Staats enthält. Keinen Anspruch dagegen auf eine solche Apologie hat die Ansicht von der obrigkeitlichen Gewalt als einem Eigenthum an Land und Leuten, welche, während die Feudalverfassung ein entsprechender Ausdruck der Monarchie in seiner früheren Periode war, zu keiner Zeit weder dem Wesen der Monarchie, noch irgend einer andern Staatsverfassung gemäß ist.

B. System der Rechte.

XXVIII. Das Recht macht den Menschen zur Person, und bestimmt seine Thätigkeit als solche.

Persönlichkeit ist die Möglichkeit eines rechtlichen Willens als Eigenschaft eines Subjects gedacht; denselben Begriff bezeichnen wir auch durch das Wort Rechtsfähigkeit. Das Recht hebt diese Allen gleichmäßig zukommende Eigenschaft hervor, stellt sie an die Spitze, und unterwirft ihr die individuellen Unterschiede der Menschen. Aber indem das Recht den mannigfaltigen Stoff, welchen die Ungleichheit der Menschen nach Geschlecht, Alter, körperlicher Beschaffenheit, natürlicher Unselbständigkeit darbietet, durch Unterwerfung unter das Princip der Gleichheit bewältigt, kommt durch die Rückwirkung des Stoffs eine Mannigfaltigkeit in die rechtliche Form selbst. Das Recht kann jene natürlichen Verhältnisse nicht ignoriren, da sie eben den Stoff bilden, auf den es zu wirken hat, es soll sie auch nicht aufheben, um eine absolute Gleichheit der Personen durchzuführen.

Der Begriff der Persönlichkeit läßt daher verschiedene Stufen derselben zu, also verschiedene Classen von Personen mit verschiedener Rechtsfähigkeit; das Recht giebt gewissen Menschen, um jenen individuellen Rücksichten zu genügen und sie in sich aufzunehmen, eine eingeschränkte Persönlichkeit. Es beherrscht die natürliche Ungleichheit, indem es sie zu einer Ungleichheit der Personen als solcher macht. Dieselbe Gewalt der Dinge hat das Recht vieler Völker dahin geführt, manchen Menschen die Persönlichkeit ganz zu versagen.

Auf der andern Seite ist das Recht, um gewissen Verhältnissen eine ihrer Natur angemessene rechtliche Form zu geben, über das natürliche Subject der Persönlichkeit, den Menschen, hinausgegangen, es hat andere Personen, außer dem Menschen, geschaffen: juristische Personen.

Es giebt Güter, welche nicht für die Zwecke des Menschen als Einzelnen, sondern z. B. für die einer Vereinigung von Menschen, einer Corporation bestimmt sind. Wer soll nun als die Person betrachtet werden, welcher diese Güter gehören? Alle einzelnen Personen, welche die Corporation bilden, jede etwa zu einem gewissen Theil? Dieß würde der Natur des Verhältnisses nicht entsprechen, da diese Güter nicht für die Zwecke der Einzelnen als solcher, sondern für sie als Glieder des Ganzen, also diesem Ganzen selbst bestimmt sind. Sagen, die Einzelnen sind Eigenthümer, würde diesen Gütern einen andern Charakter geben, als sie haben sollen; es wäre auch für die Erreichung jener Zwecke gefährlich, den Einzelnen eine Macht darüber zu verleihen. Der Natur der Sache ist es allein angemessen, wenn die Güter der Gesammtheit zugeschrieben werden, wodurch also die Gesammtheit selbst als eine, von den sie bildenden natürlichen Personen ganz verschiedene, unsichtbare, juristische Person aufgestellt wird.

Die Persönlichkeit ist verschieden nach den Theilen des Rechts, die auf der Verschiedenheit der Stellung des Menschen und der dadurch bedingten seiner Verhältnisse beruhen: sie ist Privatpersönlichkeit, öffentliche kirchliche Persönlichkeit. Die Regel ist, daß der Mensch alle diese Persönlichkeiten gleichmäßig in sich vereinigt, nur daß nach Verschiedenheit der Verhältnisse, um deren rechtliche Bestimmung es sich handelt, bald die eine, bald die andere zur Sprache kommt. So wie nun aber in jeder dieser Seiten der Persönlichkeit jene Personenungleichheit eintreten, der Mensch als Privatperson, als öffentliche, als kirchliche eine volle oder beschränkte Rechtsfähigkeit haben kann, so ist es auch

möglich, daß er in Beziehung auf die eine Seite die höhere, in der andern die tiefere Stufe einnimmt, ja vielleicht hier der Persönlichkeit ganz entbehrt.

XXIX. Die Persönlichkeit, als Möglichkeit eines rechtlichen Willens, tritt dadurch in Thätigkeit, daß die Person eine wirkliche Macht über einen Gegenstand, ein Recht an demselben erhält. Nach der Verschiedenheit der Person, die das Subject eines solchen Rechts ist, sind die Rechte Privatrechte, öffentliche Rechte, kirchliche Rechte.

Das Recht, der allgemeine Wille, der einer Person die Macht über einen Gegenstand giebt, begnügt sich keineswegs, ihr die rechtliche Macht ohne die factische zu gewähren, es fordert vielmehr die Vereinigung beider; die Trennung derselben, die Existenz einer rechtlichen Macht, welcher die factische entzogen ist, und einer factischen, welcher keine rechtliche entspricht, ist das Unrecht, welches beseitigt, gegen welches die Rechte geschützt werden müssen, wenn das Recht eine Realität haben soll. Die factische Macht kann auch als Ausübung der rechtlichen bezeichnet werden, ein Recht ist daher verletzt, wenn seine Ausübung ganz oder theilweise durch andere Personen gehindert wird. Durch die Verletzung wird der Schutz des Rechts hervorgerufen, der Zweck dieses Rechtsschutzes ist die Wiederherstellung der gehinderten Ausübung; der Verletzte soll in den Zustand versetzt werden, in dem er sein würde, wenn die Verletzung nicht eingetreten wäre. Der Schutz gegen Verletzungen ist ein wesentliches Erforderniß für die Existenz eines Rechts; er kann verschieden, vollkommen oder unvollkommen sein, aber ohne allen Schutz ist kein Recht denkbar.

Die Wiederherstellung geschieht vielleicht freiwillig durch den Verletzenden, wenn er zur Einsicht seines Unrechts gekommen ist. Wollte man sich aber darauf verlassen, so würden die Rechte eine höchst prekäre Existenz haben. Es muß Mittel geben, die Wiederherstellung unabhängig von der Einsicht und dem guten Willen des Verletzenden herbeizuführen, sie also zu erzwingen. So kommt denn durch die Nothwendigkeit des Schutzes noch ein wichtiges Moment zu dem Begriff eines Rechts hinzu: ein Recht kann nur die Macht sein, deren Ausübung sich durch Zwang durchsetzen läßt, und nur soweit dieß möglich ist, hat die Macht über einen Gegenstand den Charakter eines Rechts.

Als ein Mittel, jene Wiederherstellung zu erlangen, und die Ausübung des Rechts gegen den Verletzenden durchzusetzen, bietet sich vor allem die eigene Macht des Berechtigten, die Selbsthülfe, dar. Dieses Mittel ist theils bedenklich, theils unzureichend. Bedenklich, weil, wer Partei ist, die Grenzen seines Rechts und des Unrechts des Gegners gewöhnlich nicht richtig beurtheilen oder, wenn es an dieser Erkenntniß nicht fehlt, Interesse und Leidenschaft ihn häufig in der Ausführung die Schranken überschreiten lassen wird. Ist überdieß das Recht des angeblich Verletzten von dem Gegner bestritten, so daß darüber vor allem eine Entscheidung nothwendig wird, so muß diese ohnedieß von einem Dritten, Unparteiischen, gegeben werden. Unzureichend aber ist jenes Mittel, weil es, um Erfolg zu haben, voraussetzt, daß der Berechtigte der Stärkere ist.

Es wäre eine entschiedene Unvollkommenheit, wenn die Realität des Rechts auf solche individuelle Zufälligkeiten gestellt würde. Ein Theil des Rechts, das Völkerrecht, leidet an diesem Mangel (§ 25 B), es ist der unvollendete Theil unseres Rechtsgebäudes, der uns daran erinnern soll, daß unser Recht etwas endliches ist, daß es eine Grenze giebt, über die hinaus das Unrecht dem Recht selbst zu mächtig werden kann, und eine höhere Hülfe fordert. Ein nicht zu rechtfertigendes Beginnen aber ist es, wenn dieser Zustand in das Innere

der Staaten verpflanzt wird, welches geschieht, wenn die öffentlichen Rechte der Bürger ohne richterlichen Schutz bleiben, und somit die Glieder des Gemeinwesens auf den Fuß abgesonderter Völker zu einander gestellt sind.

In keinem geordneten Rechtszustand darf das Mittel der Selbsthülfe begünstigt werden. Sie ist nicht schlechterdings auszuschließen, aber sie ist zu beschränken, namentlich auf Erhaltung eines vorhandenen factischen Zustands und Abwehr seiner Veränderung. Beschränkt aber wird sie durch einen von dem verfassungsmäßigen Organ des allgemeinen Willens zu suchenden Schutz. Wie der Schutz des Rechts überhaupt (gegen Verbrechen), so gehört auch der Schutz der Rechte (gegen das relative Unrecht) zu den vornehmsten Aufgaben der Obrigkeit (§ 25).

Zu diesem Behuf ist mit den Rechten die Möglichkeit verbunden, die richterliche Hülfe wegen der Verletzung derselben nachzusuchen, die Rechte also vor Gericht geltend zu machen, und die Wiederherstellung des Zustands vor der Verletzung zu fordern. Die Handlungen, durch welche der gerichtliche Schutz angesprochen wird, sind die Klagen und Einreden. Klage (actio) ist die Handlung, wodurch der in seinen Rechten angeblich Verletzte den zu entscheidenden Fall vor den Richter bringt und dessen Hülfe anruft.[a]) Dem Kläger (actor), welcher somit der angreifende Theil in dem Proceß ist, steht der Beklagte (reus) gegenüber, der sich gegen diesen Anspruch vertheidigt. Dieß kann er thun durch Verneinung desselben, aber auch durch Einreden (exceptiones), indem er behauptet, daß, wenn auch der Anspruch des Klägers gegründet wäre, er dennoch, aus besonderen Gründen, zu absolviren sei. Wenn z. B. der Kläger als Eigenthümer einer von dem Beklagten besessenen Sache deren Herausgabe fordert, so kann der Beklagte das Eigenthum des Klägers leugnen; er kann es aber auch zugeben, und indem er ein Recht für sich anführt, welches ihn zum Besitz der dem Kläger gehörenden Sache berechtigt, die Herausgabe ablehnen. Im ersten Fall vertheidigt er sich durch Negation, im zweiten durch Einrede. Gegen eine solche Einrede kann hinwiederum der Kläger seinen Anspruch vertheidigen entweder durch Negation oder durch eine Gegeneinrede, welche Replik heißt; dieser kann von Seiten des Beklagten eine Duplik entgegengesetzt werden u. s. w.

Diese Handlungen können von der Seite ihrer Möglichkeit aufgefaßt werden; auch für diese Möglichkeit zu klagen oder zu excipiren werden die Ausdrücke: Klage und Einrede gebraucht. Die Klage in diesem Sinn (das Klagerecht) ist ein Bestandtheil des Rechts, welches mit ihr geltend gemacht wird, und dieses Recht bildet den Grund der Klage. Der Grund der Einrede ist entweder ein Recht (des Beklagten), oder ein sonstiger Umstand, wodurch er von dem Anspruch des Klägers, überhaupt oder für jetzt, befreit zu sein behauptet. Von dem Grund ist zu unterscheiden die Veranlassung; diese ist bei der Klage die Verletzung des Rechts des Klägers, bei der Einrede die Anstellung der Klage, bei der Replik die Vorschützung der Exceptio.

XXX. Jedes Recht ist eine Macht über einen Gegenstand, jedes muß einen Gegenstand haben, der vermöge dieses Rechts dem rechtlichen Willen unter-

---

a) [Neuerdings hat Bethmann-Hollweg (Civilproceß des gem. Rechts I 1864 S. 31) gegen diese Auffassung erinnert, daß sie die römische Rechtsanschauung, welche überwiegend das Recht betone, durch Einmischung einer germanischen trübe, nach welcher der Berechtigte das erlittene Unrecht, die Verletzung, dem Richter klage. Allein schon das römische Recht unterscheidet von der Controverse über die Existenz des bestrittenen Rechts die Delictsklage aus der Verletzung des unbestrittenen, und das Edict gründet auf diesen Gegensatz sogar einen wichtigen Theil seines Klagensystems. R.]

worfen ist, und dieser Gegenstand muß von der Beschaffenheit sein, daß die factische Macht, die der rechtlichen entspricht, sich gegen eine Verletzung zwangsweise durchsetzen läßt.

Die Gegenstände des menschlichen Willens, auch die, welche eine rechtliche Unterwerfung zulassen, haben eine unendliche individuelle Verschiedenheit. Welche Mannigfaltigkeit der körperlichen Dinge, der leblosen und lebendigen, die der Herrschaft des Menschen übergeben sind, schon ihrer natürlichen Beschaffenheit nach, und wie sehr wird diese Mannigfaltigkeit durch ihre künstliche Behandlung für das menschliche Bedürfniß vermehrt!

An allen diesen Gegenständen hebt das Recht das ihnen Gemeinschaftliche hervor, daß sie Gegenstände der rechtlichen Unterwerfung sind, insofern sind sie für das Recht gleiche. Aber wie das Recht überhaupt die individuellen Gleichheiten nicht aufhebt, sondern nur beherrscht (§ 8), so haben auch jene Verschiedenheiten ihre Geltung und wirken auf das Recht zurück. Die rechtliche Macht erhält eine verschiedene Natur durch die Verschiedenheit der Gegenstände, obwohl nicht jede individuelle Verschiedenheit derselben diesen Einfluß auf die rechtliche Form hat, die sie beherrscht.

Die Natur der Gegenstände ist die Basis der Mannigfaltigkeit der Rechte, wie die natürlichen Unterschiede der Menschen die Grundlage der Verschiedenheit der Personen. Diese Wirkung der Natur auf das Gebiet der Freiheit ist es, welche dem Recht den Charakter des Vernünftigen, einen nothwendigen Zusammenhang giebt, es zu einem System macht (§ 2). Das System der Rechte beruht auf dem bestimmenden Einfluß, den die Gegenstände auf sie haben.

Der erste Gegenstand für die rechtliche Macht sind die körperlichen Dinge außer dem Menschen, zu deren Beherrschung der Mensch durch den ältesten Rechtsausspruch berufen ist (Genes. 1, 56). Sie heißen Sachen; dieser Name bezeichnet das ihnen allen, wie verschieden sie sonst sein mögen, gemeinsam zukommende Moment der gänzlichen Hingabe derselben unter die rechtliche Herrschaft. Die rechtliche Unterwerfung derselben giebt die *Rechte an Sachen*, die man auch dingliche Rechte genannt hat. Das Recht an einer Sache ist an sich dasselbe, es mag sich um den Grund und Boden, oder um ein Thier, eine Pflanze, einen Stein u. s. f. handeln. Diese natürliche Verschiedenheit übt aber einen Einfluß auf das Recht aus, soweit sie als eine Verschiedenheit der Sachen aufgefaßt werden kann, also als eine Verschiedenheit jener Dinge von der Seite, von welcher das Recht sie betrachtet. Daher macht das Recht einen Unterschied zwischen unbeweglichen und beweglichen Sachen, Aeckern und Gebäuden, zahmen und wilden Thieren u. s. f., während es für dasselbe ganz gleichgültig ist, in welche naturgeschichtliche Classe das Thier u. s. f. gehört. Der Einfluß, den die Verschiedenheit der Sachen auf das Recht hat, kann theils die Entstehung und Erhaltung der Rechte an diesen Sachen betreffen, theils das Wesen der Rechte selbst, nicht bloß, indem gewisse Rechte nur bei gewissen Arten von Sachen angenommen werden, sondern auch indem vielleicht gewisse Sachen allein als unbedingte Gegenstände voller Beherrschung mit allen ihren Folgen gelten, wie dieß in den Gesetzgebungen geschieht, welche dem Eigenthum an beweglichen Sachen den vollen und unverkümmerten Eigenthumsschutz versagen. Von allgemeinerer Wichtigkeit ist die Verschiedenheit, welche jede einzelne Sache für die rechtliche Unterwerfung dadurch darbietet, daß sie nicht bloß vollständig, sondern auch partiell, d. h. in Beziehung auf eine besondere Seite, von der sie für den Menschen einen Werth hat, unterworfen sein kann, z. B. von Seiten der Frucht, die sich davon gewinnen, des

Gebrauchs, der sich von ihr machen läßt. Im ersten Fall, der totalen Macht über die Sache, sagen wir, die Sache gehört mir (res mea est), die Sache ist mein eigen; im zweiten gehört uns nur eine einzelne Seite der Sache (z. B. ususfructus meus est), wir haben ein Recht an einer fremden Sache.

Der zweite Gegenstand der Rechte sind die Personen. Die Rechte an Personen haben durch ihren Gegenstand eine andere Natur als die Rechte an Sachen. Wenn manche Rechte an Personen in den Rechten mancher Völker eine den Rechten an Sachen analoge Gestaltung erhalten haben, so hat dieß seinen Grund nur darin, daß die Bestimmung gewisser Personen der Bestimmung der Sachen analog behandelt worden ist, eine Assimilirung, die, wenn sie am weitesten geht, diese Personen sogar aus der Reihe der Personen heraus in die der Sachen versetzt. Dieß ist bei den Sclaven des römischen Rechts der Fall, und in der ältesten Zeit hat dasselbe Recht auch den privatrechtlichen Zustand der Kinder unter väterlicher Gewalt, indem sie wie Theile des Vermögens betrachtet wurden, dieser Stellung sehr genähert. Ja selbst das neueste römische Recht, welches dieses Princip in der Anwendung sehr beschränkt, hat es dennoch nicht völlig aufgegeben. Im öffentlichen Recht haben die despotischen Verfassungen die obrigkeitliche Gewalt, die ein Recht an Personen ist, durch eine gleiche Assimilirung der Menschen mit den Sachen, zu einem eigenthumsähnlichen Recht gemacht.

Die Unterwerfung einer von dem Berechtigten verschiedenen Person kann nie eine so vollständige sein, wie die einer Sache. Unter einer totalen Herrschaft würde die Person aufhören, Subject der rechtlichen Freiheit, und also Person zu sein. Jedes Recht an einer Person ist eine partielle Macht, Beherrschung einer gewissen Seite der Person. Dieß schließt die Möglichkeit einer gegenseitigen Macht in sich: so ist das eheliche Recht ein Recht jedes Gatten an der Person des andern, dessen Inhalt das eheliche Leben ist, soweit es eine rechtliche Gestaltung zuläßt; so entspricht ferner dem elterlichen Recht an der Person der Kinder ein Kindesrecht an der Person der Eltern, dem Recht des Fürsten an der Person der Unterthanen ein Recht dieser an der Person jenes, so wird endlich der Erbe, der als solcher ein Recht an der Person des Erblassers hat, zugleich von dieser Person bestimmt und beherrscht.[a] Diese Ansicht, die aus der Unmöglichkeit einer totalen Unterwerfung einer Person folgt, hat für unsere Juristen etwas fremdes, bloß deswegen, weil sie an den Begriff des Rechts an der Person den Maßstab der römischen väterlichen Gewalt und ähnlicher legen, die allerdings einseitig sind. Aber diese Einseitigkeit haben sie nur wegen jener anomalen Zumischung des sachlichen Charakters, durch welche das Recht an der Person getrübt ist. Statt die Eigenschaft des ehelichen Rechts als Rechts an der Person zu bezweifeln, weil es nicht bloß dem Mann an der Frau, sondern auch dieser an jenem zusteht, muß man vielmehr gerade in dieser Gegenseitigkeit einen Beweis finden, daß es ein solches Recht ist. Alle wahren und reinen Rechte an Personen tragen eine Gegenseitigkeit insofern in sich, als der Berechtigte zugleich Gegenstand eines, wenn auch nicht desselben Rechts ist; dadurch eben erhält sich die Persönlichkeit unter einer solchen Beherrschung und wird vor dem Schicksale der Sache, des rein unterworfenen Gegenstands, bewahrt. Ohne diesen Begriff wird man namentlich nie dahin gelangen, die öffentlichen Rechte richtig zu fassen.

---

a) Ueberall wo die Rechtsregel eintritt: der Todte ergreift den Lebendigen, le mort saisit le vif.

Aber es giebt auch ein Recht an der eigenen Person, in welchem der Wille sich unmittelbar auf sich bezieht. Diese rechtliche Macht, Person zu sein, das Recht der Persönlichkeit, ist eine vollständige Macht über die ganze Bestimmung der Person. Man hat gegen diese Auffassung der Persönlichkeit als eines besonderen Rechts eingewendet, daß jedes Recht eine solche Beziehung des Willens auf sich sei, denn jedes enthalte die Unterwerfung eines Gegenstandes unter den Willen. Dieß ist richtig, darum ist in der That jedes Recht eine Aeußerung der Persönlichkeit als der Potenz von Rechten. Als Eigenthümer beziehe ich die Sache auf meine Person, und in der Behauptung des Eigenthums liegt zugleich die Behauptung der Persönlichkeit, ohne die ich nicht Eigenthümer sein könnte. Aber beweist dieß gegen jene Auffassung? Dieß würde nur dann der Fall sein, wenn diese mittelbare Beziehung des Willens auf sich jene unmittelbare ausschlösse. Jedermann wird vielmehr den umgekehrten Schluß machen müssen, daß jene mittelbare die Existenz einer unmittelbaren fordere. Wenn man sagt, jedes Recht sei ein Recht an der eigenen Person, es sei also für die Persönlichkeit kein Platz mehr unter den Rechten, so heißt dies so viel als: die Persönlichkeit ist eine rechtliche Macht im Eigenthum, in der Forderung u. s. f., aber sie selbst, ohne das Eigenthum ꝛc., ist keine rechtliche Macht. In der That würde eine Persönlichkeit, die nur die Möglichkeit von Rechten wäre, ein unmächtiges Wesen sein, das unaufhaltsam in die außer ihm liegenden Gegenstände sich stürzte und in ihnen untertauchte, da ihm die Kraft versagt wäre, auch nur einen Moment an sich selbst Genüge zu finden, und auf sich selbst zu ruhen. Eine Möglichkeit, die nicht als Möglichkeit sein könnte, sondern nothwendig in ein Anderes übergehen müßte, wäre keine Freiheit. Wer die Persönlichkeit nicht selbst als ein Recht betrachtet, der behauptet, sie habe nur in den Rechten an äußeren Gegenständen ihr Dasein, sie sei die Seele, die in diesen Rechten eingeschlossen sei, und ohne sie wie ein Hauch verschwinde. Er steht auf demselben Standpunkt, wie der, welcher Gott nur als Weltseele kennt, nur einen Gott in der Natur annimmt. So wie dieser die Persönlichkeit Gottes, so giebt jener in der That die Persönlichkeit des Menschen auf, und setzt an ihre Stelle eine Möglichkeit, die ein lediglich in einem andern sein Können ist, deren Sein ein bloßes Außersichsein ist, und die er ganz mit Unrecht eine Persönlichkeit nennt. Man möge nun zusehen, was dann von den übrigen Rechten übrig bleibt, wenn man das Haupt derselben mit dem Recht der Persönlichkeit hinweggenommen hat: iacet ingens litore truncus, avulsumque humeris caput, et sine nomine corpus.[b])

Zwischen Sachen und Personen liegt noch ein dritter Gegenstand, durch welchen eine besondere Classe von Rechten entsteht. Eine Person ist der andern zu einer Leistung verpflichtet, die einen Sachwerth hat, z. B. zum Geben einer Sache, zur Gewährung ihrer Kräfte. Durch die Verpflichtung (obligatio) einer Person, welche dadurch Schuldner wird, erhält die andere (der Gläubiger) ein Recht (Forderung), dessen Gegenstand weder die Sache oder der Werth, den der Schuldner zu leisten hat, noch die Person des Schuldners ist, sondern etwas, das in der Mitte zwischen beiden steht, die Handlung, welche jenen Inhalt hat. Der Gläubiger hat eine Macht über diese Handlung des Schuldners,

b) Der leerste Einwand gegen das Recht der Persönlichkeit als Recht an der eigenen Person ist der, daß daraus ein Recht zum Selbstmord folgen würde. Er beruht auf einer Verwechselung der Begriffe Mensch und Person. Die Persönlichkeit ist keine Macht über den eigenen Menschen, sondern über die eigene Person. Bei jenem Einwand wird die sehr erhebliche, und nicht wohl zu bestreitende Thatsache außer Acht gelassen, daß man nicht die Person, sondern den Menschen mordet. Er würde nur gegen den stattfinden, der ein Recht der Menschlichkeit, eine rechtliche Macht, Mensch zu sein, annähme, was noch keinem Verständigen eingefallen ist.

aber nur insofern sie einen Sachwerth hat, also nicht über die persönliche, sondern über die sachliche Seite der Handlung, so daß dem Gläubiger genug geschehen ist, sollte ihm auch nicht specifisch die Handlung, sondern der Werth geleistet werden, den sie unter den gegebenen Umständen für ihn hat. Dadurch wird der Gegenstand der Forderung zugleich etwas erzwingbares; eine Handlung im vollen Sinn läßt sich nicht erzwingen, da sie ein Wollen voraussetzt, zu dem Niemand genöthigt werden kann, wohl aber läßt sich dem Schuldner die Sache abnehmen, in welcher die Handlung ihr vollkommenes Aequivalent findet.

Diese Rechte an Handlungen unterscheiden sich dadurch von allen andern, daß sie wesentlich eine Richtung gegen eine bestimmte Person, den Schuldner, haben, deren Verbindlichkeit der Forderung gegenübersteht, sie werden daher auch persönliche Rechte jura (in personam) genannt. Dieß giebt ihrer Ausübung und Geltendmachung einen eigenthümlichen Charakter. Ihre Ausübung besteht in der Einforderung der Leistung, sie ist also nur gegen die Person des Schuldners gerichtet, nur dieser kann das Recht des Gläubigers (durch Verweigerung der Leistung) verletzen, nur gegen ihn kann daher das Recht geltend gemacht werden. Die Klagen aus Obligationen gehen daher gegen eine Person, die schon durch die Existenz des Rechts, aus dem sie entspringen, selbst gegeben ist, nur der Schuldner kann Beklagter sein; sie sind persönliche Klagen (in personam actiones). Ganz anders bei den Rechten an Sachen, hier ist der künftige Beklagte nicht schon durch das Recht selbst gegeben, sondern erst durch Verletzung, die nicht bloß einer gewissen, schon voraus zu bestimmenden Person möglich ist. Man nennt die Klagen daraus, im Gegensatz zu jenen, dingliche Klagen (in rem actiones). Dieselbe Bewandtniß hat es mit dem Recht der Persönlichkeit, ferner mit den Rechten an andern Personen, welche eine den dinglichen Rechten analoge Gestaltung erhalten haben, wie das Recht der väterlichen Gewalt, aus dem nicht gegen den Unterworfenen selbst, sondern nur gegen einen dritten Verletzer geklagt werden kann. Nicht so verhält es sich mit den rein gehaltenen Rechten an Personen, z. B. dem ehelichen Recht, dem elterlichen, den öffentlichen Rechten an Personen. Hier ist eine Geltendmachung des Rechts gegen die Person selbst, die sein Gegenstand ist, nicht ausgeschlossen, wiewohl auch die Verletzung durch einen Dritten, also die Verfolgung des Rechts gegen diesen nicht unmöglich ist, wie z. B. der Ehemann sein eheliches Recht gegen die Eltern der Frau geltend machen kann, die sie ihm zurückhalten, oder eine Gemeinde gegen eine andere, die ihr einen Bürger bestreitet, oder ein Jurisdictionsberechtigter gegen den, welcher in seine Jurisdictionsbefugnisse eingreift, klagen kann.

Alle Rechte, die uns zustehen können, sind entweder Rechte an Sachen, oder an Handlungen, oder an Personen.

Zum Schluß ist noch das Verhältniß des Systems der Rechte zu dem System der Rechtsverhältnisse zu betrachten. Dieses beruht auf der Stellung der Personen, jenes auf ihrer Thätigkeit (§ 5). Das System der Rechte beginnt innerhalb des Systems der Rechtsverhältnisse. Es beschränkt sich keineswegs auf das Privatrecht. Es giebt Rechte, deren Subject eine Privatperson, eine öffentliche, eine kirchliche Person ist: Privat-, öffentliche, kirchliche Rechte. Im Privatrecht ist das System der Rechte am vollständigsten ausgebildet, aber auch im öffentlichen Recht, das Völkerrecht hinzugerechnet, finden sich alle jene Classen von Rechten, z. B. die Rechte an Sachen in der rechtlichen Macht des Staats über das Territorium, das ihm entspricht. c)

c) Das eigentliche Staatseigenthum dagegen ist ein Privatrecht.

Viertes Kapitel.

Innere Vollendung des Rechts.

XXXI. Das Recht besteht in der Anerkennung der Freiheit, welche dem Menschen darum, daß er Subject des Willens ist, zukommt, und in dem Schutz dessen, was der individuellen Ungleichheit ungeachtet Allen gleichmäßig gebührt; die Gleichheit durch Beherrschung der Ungleichheit ist sein eigenstes Princip (§ 8. 9). Es schließt die Ungleichheit nicht aus, aber nicht die natürliche Ungleichheit ist es, die als solche in das Recht eintritt: die Ungleichheit der Menschen als solcher, die Ungleichheit der Bedürfnisse und der Mittel ihrer Befriedigung als solcher. Das Recht zersetzt und verwandelt sie in eine Ungleichheit der Personen, der Sachen u. s. f., also der rechtlichen Formen und Gestaltungen. Es anerkennt z. B. nicht die Verschiedenheit der Menschen nach Stärke des Körpers und der Seele, aber indem sich ihm die thatsächlichen Wirkungen derselben aufdringen, hält es den Begriff der Gleichheit dadurch aufrecht, daß es Verschiedenheiten der Personen als solcher, also in Beziehung auf die rechtliche Thätigkeit, und Gewalten einer Person über die andere constituirt, wodurch es den Verschiedenheiten einen rechtlichen Charakter giebt.

Je mehr ein Recht sich ausbildet, desto vollständiger wird es sich den Ansprüchen der verschiedenen Natur der Menschen und der Dinge öffnen, desto weniger schroff und hart, desto elastischer werden die Formen werden, in die es sie einschließt, ohne sein Grundprincip aufzugeben. Es wird sich immer mehr seiner Idee eines Alles auf dem ihm bestimmten Weg ausgleichenden Rechts, eines aequum ius, wie es die Römer nannten, nähern.

Wir können das Recht, welches sich in dieser Sphäre seiner eigenthümlichen Natur hält, das reine Recht nennen, man hat dafür auch den Ausdruck ius commune. Aber diese reine Entwickelung ist oft durchbrochen worden. Es haben sich die Ansprüche der individuellen Natur der Menschen und der Dinge häufig in der Art geltend gemacht, daß sie über die Principien des Rechts hinweggesetzt wurden, statt in sie eingefügt zu werden. Dadurch sind Ausnahmen von dem reinen Recht entstanden, welche man durch den Ausdruck ius singulare bezeichnet, und die, wenn sie gewisse Personen oder Dinge gegen das ius commune, contra iuris rationem, begünstigen, privilegia,[a]) beneficia, Rechtswohlthaten genannt werden.

Nicht der Einfluß jener individuellen Rücksichten ist es, worin der Charakter des ius singulare liegt, denn diesem Einfluß kann und soll sich auch das reine Recht nicht verschließen, sondern die Art und Weise desselben, nämlich daß er auf die äußerliche Weise einer die Rechtsprinzipien durchbrechenden, also

---

a) Man unterscheidet eine doppelte Art von Privilegien: Ausnahmen von dem ius commune, die selbst Rechtssätze sind, und daher eine Vorschrift für eine Gattung von Fällen enthalten, z. B. die Privilegien der Minderjährigen, der Frauenspersonen, der Soldaten, — und Ausnahmen von dem Recht überhaupt, wodurch einer Person eine rechtliche Befugniß ertheilt wird, ohne Wirkung für andere, wenn auch gleichartige Fälle, z. B. Verleihung einer Frist für einen Schuldner, innerhalb deren er von seinen Gläubigern nicht belangt werden darf, ohne daß andere Schuldner in ganz gleicher Lage denselben Vortheil als ein Recht ansprechen können. Nur von Privilegien der ersten Art ist hier die Rede.

sie überwindenden Ausnahme geübt wird, statt daß jenen Ansprüchen durch eine entsprechende Gestaltung der Rechtsinstitute selbst genügt wurde.

Daß statt des letzteren Wegs jener erste, die Aufstellung eines ius singulare, eingeschlagen wird, hat seinen Grund nicht selten in einem Mangel an rechter Einsicht und Beherrschung des Stoffs von Seiten des Gesetzgebers, häufig auch in dem besonderen Charakter eines gewissen Rechts, also in den Rechtsansichten des Volks selbst, endlich aber in der Unvollkommenheit menschlicher Dinge überhaupt, welche die vollständige Erreichung jener Idee des reinen Rechts, also die innere Vollendung des Rechts ausschließt.

Ein Beispiel soll die Entstehung des ius singulare veranschaulichen. Im römischen Recht sind die Schenkungen unter Ehegatten verboten, eine singuläre Vorschrift, die dem Gewohnheitsrecht zugeschrieben wird. Der Grund liegt darin, daß es mit dem sittlichen Wesen der Ehe, mit der wahrhaften ehelichen Gesinnung, wonach die Gatten alles, was sie haben, als gemein betrachten sollen, unverträglich ist, wenn sich einer auf Kosten des andern bereichern will. Im ältesten Recht, wo die der väterlichen analoge Gewalt des Mannes über die Frau wahrscheinlich mit der Ehe stets verbunden war (sie entstand sogar von selbst, wenn die Frau ein Jahr im Haus des Mannes gelebt hatte), war jener Ausbruch unehelicher Gesinnung durch diese rechtliche Gestaltung des ehelichen Verhältnisses unmöglich gemacht, freilich auf eine sehr schroffe Weise: die Frau hatte kein eigenes Vermögen, sie konnte nichts für sich erwerben, alles gehörte dem Manne vermöge jener Gewalt, eine Schenkung unter ihnen war schon nach reinem Recht undenkbar. Bald aber entstand neben dieser strengen Ehe eine Ehe ohne jene Gewalt, hier war die Schranke gefallen, die Frau konnte eigenes Vermögen haben, eine Schenkung unter den Ehegatten war juristisch möglich geworden, mit allen den nachtheiligen Einflüssen, die sie auf die sittliche Natur der Ehe äußern konnte.

Es ließe sich denken, daß der Rechtssinn des Volks, indem er über jene älteste Form des ehelichen Verhältnisses hinausging, eine neue rechtliche Gestalt desselben gefunden hätte, die, obwohl weniger schroff, jene sittliche Anforderung in sich aufnahm, und ihr somit auf dem Standpunkt des reinen Rechts genügte, eine rechtliche Gestalt, wodurch die Schenkung ebenfalls nach reinem Recht unmöglich geworden wäre. Unsere rechtlichen Anschauungen führen uns auf eine freie Gemeinschaft der Güter unter den Ehegatten, wodurch dieses Problem hätte gelöst, und die an die Stelle jener alleinigen Berechtigung des Mannes hätte gesetzt werden können. Aber dieser Begriff war dem Rechtssinn des römischen Volks fremd; ihm bot sich nur auf der einen Seite eine völlige Einziehung des Vermögens der Frau durch die Gewalt des Mannes dar, auf der andern ein Zustand, worin das Vermögen durch die Ehe an sich gar nicht berührt wird, ein Zustand der vollkommenen Selbständigkeit der beiderseitigen Güter, wobei die Möglichkeit der Schenkungen nach reinem Recht nicht zu vermeiden war.

So blieb nichts übrig, als dieses reine Recht durch eine singuläre Ausnahme, jenes Verbot der Schenkungen, zu durchbrechen, es durch die individuellen Rücksichten besiegen zu lassen, statt dem reinen Recht eine Form zu geben, worin es dieses Bedürfniß aufgenommen hätte und dadurch desselben mächtig geblieben wäre.

Fünftes Kapitel.

Von der Wissenschaft des Rechts.

A. Philosophie des Rechts und Jurisprudenz.

XXXII. Das Leben in dieser Zeit besteht in einer Bewegung, in einem Anderswerden, ohne sich zu verlieren. Jeder lebendige Organismus bietet uns eine doppelte Seite dar. Er hat einmal eine Bewegung in sich, eine Gliederung: er besteht aus Gliedern, die verschieden sind, und doch durch eine Einheit, die Seele des Organismus, zusammengehalten werden. Sodann eine Beziehung zu einem höheren Ganzen, in dem er sich bewegt und dessen Glied er selbst ist. Gleichwie die Erde eine doppelte Bewegung hat: um sich, wodurch sie das Licht, den Ursprung ihrer mannigfaltigen Bildungen, über ihre Fläche vertheilt, und um die Sonne, wodurch sie als Glied eines höheren Organismus erscheint: so auch die geschichtliche Thatsache, die wir das Recht nennen. Diese Unterscheidung ist es, welche das Recht zugleich zum Gegenstand einer besonderen Wissenschaft, der Jurisprudenz, und der allgemeinen, der Philosophie macht.

Man hat eine s. g. positive und eine philosophische Rechtswissenschaft so unterscheiden wollen, daß nur jene mit dem wirklichen Recht, also mit etwas positivem und geschichtlichem zu thun habe, die Rechtsphilosophie dagegen mit einem Recht sich beschäftige, das nicht gegeben sei, das sie vielmehr selbst erst aus den Postulaten der allgemeinen Vernunft deducire und hervorbringe, mit einem Recht also, welches keine Geschichte habe, sondern ewig unveränderlich aus den Gesetzen der unveränderlichen Vernunft hervorgehe. Dieses Recht nannte man Naturrecht oder auch Vernunftrecht. Diese Rechtsphilosophie, soweit sie sich consequent blieb, hatte in der That nicht das Recht zum Gegenstand, das nur in der Freiheit seinen Ursprung haben kann (§ 2), sie war aber auch keine Philosophie, denn nur das, was eine Geschichte hat, kann Gegenstand der Philosophie sein.

Jenen Unterschied suchte man auch so auszudrücken: die positive Rechtswissenschaft beschäftige sich mit dem Recht, welches ist, die philosophische mit dem, welches sein sollte. Auch damit erkannte man dem positiven Recht allein die Freiheit der Existenz zu, welche zu beschränken die machtlose Vernunft vergebens sich bemühen sollte. Die Philosophie hätte nach dieser Ansicht für immer nur mit dem Unwirklichen zu thun, denn sobald ihr Gegenstand aus dem Seinsollen heraus und in das Sein überginge, würde er aufhören, ihr Gegenstand zu sein, und der positiven Rechtswissenschaft anheimfallen. Man könnte meinen, diese Grenzscheidung sei von den Juristen erfunden worden, die durch diesen Kunstgriff die Philosophen in den hintersten Winkel des Hauses gedrängt hätten, aber vielmehr haben die Philosophen selbst ihn sich als das Prachtgemach herausgesucht. Durch ihren Verzicht auf das Wirkliche und Positive haben sie es dahin gebracht, die Philosophie in den Credit einer Feindseligkeit gegen jenes, oder im besten Fall einer harmlosen Spielerei zu bringen.

Um dem Unwirklichen zu entkommen, hat man den weiteren Schritt ver-

sucht: das Seinsollende allerdings sei der Gegenstand der Rechtsphilosophie, aber das Seinsollende im Seienden, sie beschäftige sich mit dem wirklichen Recht, aber nur mit dem, was daran vernünftig sei, und dieses Vernünftige sei eben das eigentlichst Wirkliche am Recht. Was es mit dieser letzteren Behauptung auf sich habe, ist oben gezeigt worden (§ 2), die Philosophie würde wenig an Ansehen gewinnen, wenn sie die freie Seite des Rechts von sich ausschlösse, und die nothwendige, also die endliche, allein sich zueignete. Uebrigens, in welchem Sinn man auch das Vernünftige nehmen möge, wird der Jurisprudenz nie abzustreiten sein, daß auch sie damit sich beschäftige, und es würde daher für die Philosophie kein Raum übrig bleiben. Ihr Unterschied von der Jurisprudenz würde nur der sein, daß sie eine halbe, eine unvollkommene Jurisprudenz wäre.

Diesen Eindruck machen nun allerdings die Rechtsphilosophien, welche in diesen Kreisen sich bewegen. Viele derselben enthalten Recht, aber keine Philosophie, einige weder das eine noch das andere.

Die wahre Aufgabe der Philosophie des Rechts ist, dieses als Glied eines höheren Organismus zu betrachten, wozu die besondere Wissenschaft nicht die Mittel hat.

Vor allem kommt es daher der Philosophie zu, zu zeigen, wie dieses Glied des Weltorganismus aus dem Ganzen hervorgegangen, wie also das Recht überhaupt entstanden, wie die Menschheit zu dem Recht gekommen ist. Darum wird aber auch den Begriff des Rechts die Jurisprudenz nur von der Philosophie überkommen können, denn der Begriff beruht auf dem Verhältniß zu den übrigen Gliedern des allgemeinen Organismus. Der Anfang ist nur dadurch zu bestimmen, daß man über ihn hinausgeht zu dem, was vor ihm liegt, also zu einem Andern, das nicht in dem Bereich der besonderen Wissenschaft eines Gegenstandes liegt.

Das Recht als ein Glied des Ganzen hat auch in und mit diesem seine Geschichte. Diese Geschichte des Rechts in dem Ganzen des Menschengeistes ist daher für die Philosophie der andere Theil ihrer Aufgabe.

Die Philosophie des Rechts soll seinen Anfang und seinen Fortgang durch die Geschichte der Menschheit bis zu seiner letzten Vollendung zu erforschen suchen. Der wahre Philosoph ist ein Seher, der in eine Vergangenheit blickt, die dem Historiker entschwunden, der in eine Zukunft schaut, die uns verhüllt ist, und der dadurch für das, was dazwischen liegt, eine höhere Ansicht gewinnt. So thut sich der Philosophie ein unermeßliches Feld der Wirklichkeit auf, in welchem sie ihre Kräfte zu versuchen hat, statt sich das Unwirkliche zur Behandlung auszusuchen, und sich selbst, die erste aller Wissenschaften, herabzuwürdigen. Es ist ein schnöder Raub an der Philosophie, wenn man ihr das Positive entzieht; dagegen wird heutzutage die Erinnerung nicht überflüssig sein, daß man das Wirkliche nicht mit dem Gegenwärtigen verwechseln dürfe. Die Gegenwart muß ihr als ein vorüberziehender Moment erscheinen, den sie nicht festhalten, in den sie sich nicht versenken darf, ohne sich zu verlieren; sie mag mit jenem Faust sprechen: „Werd' ich zum Augenblicke sagen: verweile doch, du bist so schön! Dann magst du mich in Fesseln schlagen, dann will ich gern zu Grunde gehn".

Gegenstand der Rechtswissenschaft als einer besonderen Wissenschaft ist das Recht lediglich als dieser besondere Organismus, abgesehen von seiner Eigenschaft als Glied des Ganzen. Wenn nun dem Juristen als solchem der Zusammenhang des Rechts mit dem gesammten Geist des Menschen verborgen

ist, wenn er, um darüber Aufschluß zu erhalten, sich an die allgemeine Wissenschaft wenden muß, so thut sich ihm dagegen der ganze innere Reichthum des Rechts, seine innere Gliederung auf, deren Kenntniß der Philosoph hinwieder von dem Juristen zu empfangen hat.

Der Jurist faßt das Recht in seiner Isolirung auf, dieß aber ist in dem gegenwärtigen Weltalter das Recht dieses oder jenes Volks. Der Philosoph betrachtet die Rechte der einzelnen Völker nur als die Momente und Spuren des Ganges, den das Recht durch die ganze Menschheit nimmt, dem Juristen sind sie isolirte, die er nur unter der Voraussetzung mit einander verknüpft, daß eines in das andere übergegangen, von einem Volk das Recht des andern theilweise recipirt worden ist. Es ist diese besondere Verbindung, welche die juristische Forschung in Anspruch nimmt, nicht die allgemeine, wonach die Rechte aller Völker nur Momente einer Bewegung sind.

Aus diesem Verhältniß der Philosophie des Rechts und der besonderen Rechtswissenschaft ergiebt sich, inwiefern beide von einander abhängig, und inwiefern sie selbständig gegen einander sind. Der Gegenstand kann erst durch die Thätigkeit beider vollständig erschöpft werden. Wenn die Frage aufgeworfen wird, ob die letzte ohne die erste denkbar sei, so hängt die Antwort von dem Sinn ab, den man mit dem Ausdruck Philosophie verbindet. Ein ausgebildetes System der Philosophie ist keineswegs als Voraussetzung der Jurisprudenz zu betrachten, und noch weniger kann an den Juristen selbst die Anforderung gestellt werden, daß er Philosoph von Profession sei. Aber er wird ohne philosophische Anschauungen seinem Beruf nicht vollständig entsprechen können. Diese Anschauungen indessen können bei ihm den Charakter einer unbewußten Stimmung des Geistes tragen, und so ist es gekommen, daß die besondere Wissenschaft das Recht in ihrem Gebiet seiner wahren Natur gemäß behandelt hat, ehe die Philosophie selbst als System sich ihrer Aufgabe in Beziehung auf diesen Gegenstand entledigte. In dieser Weise eben vermittelt sich ihr gegenseitiges Geben und Empfangen.

Wir wenden uns von nun an ausschließlich an die besondere Rechtswissenschaft. Es ist die Methode, sodann auch der Gegenstand derselben noch näher zu bestimmen.

B. System und Geschichte des Rechts.

XXXIII. Das Recht als ein lebendiger Organismus hat 1) eine simultane Mannigfaltigkeit, indem sein Inhalt in organische Theile, also in Glieder, die sich gegenseitig bedingen und voraussetzen, auseinandergeht; 2) eine successive, indem es im Ganzen und seinen Gliedern sich verändert.

So hat die Wissenschaft des Rechts zwei Seiten, eine systematische und eine historische, in deren gleichmäßiger Auffassung die wahre Rechtswissenschaft besteht. Damit ist nicht ausgeschlossen, daß eine wissenschaftliche Forschung und Darstellung in einem besonderen Fall vorzugsweise auf die eine oder auf die andere sich richte. Nicht die Hervorhebung einer Seite des Ganzen ist ein einseitiges Verfahren, nur der ist einseitig zu nennen, welcher eine Seite als das Ganze behandelt.

Die systematische Erkenntniß ist die Erkenntniß des inneren Zusammenhangs, welcher die Theile des Rechts verbindet; sie faßt das Einzelne als Glied des Ganzen auf, das Ganze als einen in besondere Organe sich entfaltenden Körper. Die wirkende Kraft der simultanen Mannigfaltigkeit des Rechts, folglich das Princip des Systems, ist der Stoff, dessen Ungleichheit das Recht

zu überwinden hat, und der Widerstand, den er dem gleichmachenden Princip des Rechts entgegensetzt. Wie daraus das System der Rechtsverhältnisse und der Rechte hervorgeht, ist oben (Kap. 3) ausgeführt worden.

Nur die systematische Kenntniß des Rechts ist eine vollständige. Vor allem äußerlich, indem sie allein die Sicherheit gewährt, alle Theile des Rechts zu umfassen. Würden wir das Recht als ein bloßes Aggregat von Rechtssätzen betrachten, so wären wir nie gewiß, den ganzen Umfang desselben uns zu eigen gemacht zu haben; wie von einem Steinhaufen ein Theil fehlen kann, ohne daß der Beschauer den Mangel inne wird, während, wenn sie zu einem Kunstwerk verbunden sind, jeder fehlende Stein sich sogleich als Lücke offenbart, und umgekehrt die Grenze des Ganzen genau zu bestimmen ist. Aber auch innerlich ist jene Kenntniß allein die vollständige, weil das Recht selbst ein System ist, so daß nur, wer es als solches erkennt, seine Natur vollkommen erfaßt. Der nun besitzt diese systematische Kenntniß, welcher des Zusammenhangs der Rechtssätze sich bemächtigt, ihre Verwandtschaft unter einander erforscht hat, so daß er die Abstammung eines jeden Begriffs durch alle Mittelglieder, die an seiner Bildung Antheil haben, auf- und abwärts zu verfolgen vermag. Wenn wir z. B. das einzelne Recht, über ein Grundstück zu gehen, welches der Eigenthümer dieses Grundstücks dem Eigenthümer eines benachbarten bestellt hat, betrachten, so muß dem Juristen theils seine Stellung im System der Rechtsverhältnisse, theils der Rechte, also seine Herkunft bis zu dem Begriff des Rechts hinauf zum Bewußtsein kommen, und er muß ebenso von diesem herab zu jenem einzelnen Recht gelangen können, dessen Natur erst dadurch vollkommen bestimmt wird. Es ist ein Recht, also eine Macht über einen Gegenstand; ein Recht an einer Sache, also der besonderen Natur dieser Rechte theilhaftig; ein Recht an einer fremden Sache, also eine partielle Unterwerfung derselben; die Seite, von welcher die Sache unterworfen ist, ist die der Benutzung, es gehört zu dem Geschlecht der Rechte an Sachen auf Benutzung; die Benutzung ist für ein gewisses Subject bestimmt, über das sie nicht hinausgeht, also ist das Recht eine Servitut; für ein Grundstück, also Prädialservitut; für dieses Bedürfniß eines Grundstücks, Wegservitut. Ich nenne dieß eine Genealogie der Begriffe, darin liegt, daß man diese Leiter nicht als ein bloses Schema von Definitionen betrachten darf. Jeder dieser Begriffe ist ein lebendiges Wesen, nicht ein todtes Werkzeug, das bloß das Empfangene weiter befördert. Jeder ist eine Individualität, unterschieden von der Individualität seines Erzeugers, wie sich auch bei seinem Erzeugten wieder das Anerzeugte mit einem neuen Element, welches man, um in dem Gleichniß zu bleiben. das mütterliche nennen kann, zu einer eigenen Lebenskraft verbindet. Der Vater der Rechtsinstitute ist das Princip des Rechts, die Mutter der Stoff, die Mannigfaltigkeit der Menschen und Dinge; in diesem letzteren Moment liegt die Seite der Nothwendigkeit in den Rechtsbildungen, ihre Vernunft, die Eigenschaft des Rechts als eines Systems. Aber nicht bloß die einzelnen Rechte läßt das System in ihrer wahrer Natur und Bedeutung erkennen; auch über die Verbindung mehrerer Rechte zu einem Rechtsverhältniß, über den Einfluß, den sie aufeinander üben, die Modification, die sie durch eine solche Wechselwirkung erleiden, giebt nur die systematische Auffassung einen vollständigen, zuverlässigen Aufschluß.

XXXIV. Die Geschichte des Rechts, als Darstellung seiner successiven Mannigfaltigkeit, hat eine doppelte Richtung. Der Organismus entwickelt

und verändert sich theils im Ganzen, theils in seinen Gliedern, so daß jedes Glied, da es ein ihm eigenthümliches, obwohl mit dem des Ganzen wesentlich zusammenhängendes und von ihm untrennbares Leben besitzt, auch seine eigene, aber mit der des Ganzen innig verwachsene Geschichte hat.

So haben wir zwei Theile der Rechtsgeschichte zu unterscheiden: die Geschichte des Rechts im Ganzen, und die Geschichte der einzelnen Glieder des Rechts.

Man hat diesen zweiten Theil innere Rechtsgeschichte, und im Gegensatz dazu den ersten die äußere genannt; diese Ausdrücke können sehr leicht zu dem Mißverständniß führen, als ob die äußere Rechtsgeschichte mit dem Aeußerlichen und Zufälligen des Rechts, und nur die innere mit dem Innerlichen und Wesentlichen zu thun habe. Ferner ist für die s. g. äußere Rechtsgeschichte auch die Bezeichnung Geschichte der Rechtsquellen gebraucht worden. Dieß ist ein viel zu beschränkter Ausdruck ihres Inhalts.

Der Gegenstand jenes ersten Theils der Rechtsgeschichte ist die successive Bewegung des Rechts in den Punkten, welche Momente des Ganzen sind: die Entstehung des Rechts, also die Gestaltung und Thätigkeit der Rechtsquellen, sein Leben in dem Bewußtsein des Volks, die Anstalt für seine Aufrechthaltung, seine Scheidung in Privatrecht, öffentliches u. s. f. und das Verhältniß dieser Theile, sein Charakter als das Recht dieses Volks. Die Geschichte aller dieser Momente fällt dem ersten Theil der Rechtsgeschichte zu, der also keineswegs auf die Rechtsquellen sich beschränkt, wie er denn auch von den Schriftstellern, welche eine Darstellung der s. g. äußern Rechtsgeschichte als einer Geschichte der Rechtsquellen unternommen haben, der That nach selten oder nie darauf beschränkt worden ist.

In früherer Zeit nannte man die s. g. äußere Rechtsgeschichte: Geschichte des Rechts, historia iuris, schlechtweg, im rechten Verstand nicht unpassend, aber man setzte ihr die innere als „Rechtsalterthümer" antiquitates iuris, entgegen, und dadurch erhielt jener Ausdruck die unwahre Bedeutung, als wenn nur der erste Theil der Rechtsgeschichte eine wahre Geschichte wäre. Denn die antiquarische Auffassung ist so weit davon entfernt, mit der Geschichte zusammenzufallen, daß sie vielmehr einen Gegensatz dazu bildet; der Unterschied ist der, daß jene ihren Stoff nicht von der Seite seiner Bewegung, sondern als einen ruhenden betrachtet. Aus dieser Verschiedenheit der Behandlung folgt auch eine Verschiedenheit der Gegenstände. Die antiquarische Forschung beschränkt sich auch auf alterthümliche, vorübergegangene Zustände, die geschichtliche hat es eben so sehr mit gegenwärtigen zu thun, nur daß sie sie in ihrem Werden auffaßt. Rechtsalterthümer also geben uns das Bild des Rechtszustands irgend einer vergangenen Zeit, ohne uns zu sagen, wie er entstanden und was aus ihm geworden ist, während gerade dieses letztere die Aufgabe der Rechtsgeschichte ist. Die antiquarische Untersuchung ist ein unentbehrliches Hülfsmittel der Geschichte, aber sie ist nicht die Geschichte selbst.

Der Name Rechtsantiquitäten für die Rechtsgeschichte oder einen Theil derselben ist übrigens nicht bloß ein Irrthum im Wort, er ist mit einer falschen Behandlung der Sache selbst Hand in Hand gegangen. Dadurch ist der große Vortheil, den die antiquarische Forschung für den Historiker haben konnte, nicht selten verloren gegangen. Nicht bloß genannt wurden die Rechtsgeschichten Rechtsalterthümer, sie waren es auch; während man sich vorstellte, das Recht historisch zu behandeln, und so sich in seinem wissenschaftlichen Gewissen beruhigt, in seinen Bedürfnissen befriedigt wähnte, mangelte unserer

Wissenschaft die Geschichte, die sie nicht entbehren kann, zu einer gewissen Zeit gänzlich. Selbst bis auf unsere Tage herab fehlt es nicht an Einzelnen, an denen die Nachwehen jener Vermischung sichtbar sind, indem sie sich entweder für Rechtshistoriker halten, weil sie sich einer Beschäftigung mit vergangenen Rechtszuständen rühmen können, oder gegen die Rechtsgeschichte Reden halten, welche nach einer ganz andern Gegend hin, gegen die ausschließlich antiquarische Behandlung gesprochen werden müßten.

C. Gegenstand der Rechtswissenschaft.

XXXV. Es ist oben bemerkt worden, daß die besondere Rechtswissenschaft mit dem Recht in seiner Isolirtheit, also mit dem Recht eines Volks als solchem sich beschäftigt, und daß sie die Grenzen dieses Volks nur insofern überschreitet, als das Recht desselben selbst darüber hinausgegangen ist.

Durch diese Beschränkung, die sie von der Philosophie des Rechts unterscheidet, erhält in einem gewissen Grad die Rechtswissenschaft selbst einen nationellen Charakter, sie ist eine römische, germanische u. s. f. Man spricht auch von einer griechischen, deutschen, französischen Philosophie, aber entweder bezeichnet man damit nur ihre Bearbeiter collectiv, in demselben Sinn, wie man sie nach einem einzelnen Urheber als platonische, schellingsche, benennt, oder wenn man jene Ausdrücke gebraucht, um einen Einfluß der Nationalität anzudeuten, so ist es eine dem eigentlichen Wesen der Philosophie widersprechende, wenn auch nicht völlig auszuschließende Unvollkommenheit, die dadurch hervorgehoben wird. Römische, deutsche Jurisprudenz dagegen deutet einen Einfluß der Nationalität an, der hier nichts zufälliges ist, sondern in der Sache selbst liegt.

Die Thätigkeit des Juristen ist sonach auf das Recht seines Volks gerichtet. Darin liegt die unmittelbar praktische Bedeutung seiner Wissenschaft, welche besonders in dem Namen Jurisprudenz hervorgehoben wird.

Der Inhalt einer jeden Wissenschaft muß eine Anwendung auf das Leben zulassen und fordern, aber es giebt Wissenschaften, bei denen diese Anwendung eine nur mittelbare Wirkung ist. Dieß sind die allgemeinen Wissenschaften, deren Anwendung durch die besondern vermittelt werden soll, ja die durch eine unmittelbare Richtung auf die Praxis getrübt werden würden. So ist es der Philosophie nicht selten geschehen, wenn die Philosophen, statt ihre eigene Aufgabe als eine positive, die höchsten Interessen des Menschen berührende aufzufassen, und dadurch der Wissenschaft Gewicht und Ansehen zu verschaffen, es vorzogen, Staaten einzurichten, Gesetzbücher vorzuschlagen, oder eine Religion aufzustellen. Die Jurisprudenz dagegen würde umgekehrt sich selbst verlieren, wenn sie nicht die unmittelbare Einwirkung auf das Leben fortwährend im Auge behielte.

Nichts freilich wäre verkehrter, als dieß so zu verstehen, es sollte diese Richtung nicht bloß in der gesammten Thätigkeit, im Ganzen und im Einzelnen, erkennbar sein, der Jurist in allen seinen Forschungen von diesem Gedanken an sein letztes Ziel sich leiten lassen, — dieß ist die Wahrheit —, sondern es sollte die Jurisprudenz sich mit nichts als einer Aufzählung der Rechtssätze beschäftigen, welche sich unmittelbar auf das gegenwärtige Leben anwenden lassen. Wer eine solche Vorstellung von der Jurisprudenz hätte (und ich weiß nicht, ob wir sie darum, weil sie ganz verkehrt ist, als unmöglich

ansehen dürfen), würde auf die Frage: woher denn ein solcher Jurist jene Rechtssätze hernehmen sollte? die Antwort schuldig bleiben. Nach dieser „praktischen" Ansicht von der Jurisprudenz würde ein Obstgärtner, weil er eine unmittelbar praktische Aufgabe hat, nichts zu thun haben, als Bäume mit reifen Früchten zu pflanzen; auf die Frage: woher sie nehmen? würde man ihn zu dem Nachbar bescheiden, der sie in seinem Garten habe.

Wenn als Gegenstand der Jurisprudenz das Recht des eignen Volks bezeichnet worden ist, so wird damit die deutsche Jurisprudenz keineswegs isolirt und mit der Jurisprudenz aller andern Völker außer Gemeinschaft gesetzt, so daß diese Gemeinschaft nur in der Philosophie zu suchen wäre. Denn nicht bloß ist in den Rechten aller der Völker, die einen germanischen Ursprung haben, eben darum etwas gemeinschaftliches, welches eine Verbindung auch in der Wissenschaft der Rechte hinstellt, — sondern, und dieß ist noch mehr, alle europäischen Nationen und ihre Verzweigungen außerhalb des Welttheils haben in dem geistigen Erbe des Alterthums ein ihre wissenschaftliche Thätigkeit zusammenhaltendes Gemeingut, und dieses ist für die Jurisprudenz das römische Recht. Der Einfluß, welchen dieses mittelbar und unmittelbar auf die Rechte der gegenwärtigen Völker geübt hat, ist mehr als ein anderes das Element, welches ihre Jurisprudenz verbindet.

Das römische Recht hat daher eine doppelte Bedeutung. Es ist einmal ein beträchtlicher Theil unseres heutigen Rechts, gleichviel übrigens, ob es noch formell gilt, oder in neueren Gesetzgebungen, deren Inhalt größtentheils auf dasselbe, namentlich im Privatrecht, zurückzuführen ist, eine neue Form angenommen hat. Sodann aber vermittelt es die Gemeinschaft mit andern Nationen, und giebt unserer Wissenschaft, ohne sie von ihrer nationellen Unterlage abzulösen, eine über die Grenzen eines Volks hinausreichende Bedeutung. So folgt auch die nationellste aller Wissenschaften dem mächtigen Zug nach geistigem Verkehr unter den Nationen, und es ist ihr dafür eine sichere Grundlage gegeben, welche zugleich verhindert, daß jener Drang in eine Entlehnung fremder Eigenthümlichkeiten ausarte, welche die Rechte der Völker zu einem aus allen zusammengesetzten Flickwerk machen würde.

Es giebt Juristen in Deutschland, welche die römischen Elemente aus unserem Recht zu Gunsten der eigenthümlich deutschen entweder ganz zu verdrängen, oder für jetzt wenigstens den letzteren durchaus unterzuordnen sich bestreben, denen vergleichbar, die das Heil der deutschen Kunst in der Vernachlässigung der Antiken zu erstreben dachten, oder die in dem Studium der griechischen Muster eine Corruption der deutschen Poesie erblickten. Diese müssen sich die Geschichte als ein Grabgewölbe vorstellen, worin die vorübergegangenen Völker mit den Erzeugnissen ihres Geistes in uneröffneten Särgen ohne Wirkung auf die Nachwelt liegen. Sie müssen aber zugleich wie den successiven Zusammenhang der Völker, so auch die Gemeinschaft gleichzeitiger für ein Uebel, die möglichste Isolirung eines Volks nach Vorwelt und Gegenwart hin für das höchste Gut halten, es wäre denn, daß sie für unser einheimisch entsprungenes Recht die Weltherrschaft zu erobern im Sinn hätten, die das römische Recht seit fast achthundert Jahren eingenommen hat.

Die wahre Behandlung des römischen Rechts für die gegenwärtige Jurisprudenz ist die, welche jener doppelten Bedeutung entspricht, die es als Recht des einzelnen Volks, in dem es recipirt ist, und als allgemeines Recht der civilisirten Nation besitzt. Dazu gehört, daß wir es als ein über die Schranken der Nation, in der es entstand, hinausgegangenes auch wirklich betrachten,

also das an ihm hervorheben, was ihm diese allgemeinere Bedeutung gegeben hat. Es gehört dazu, daß wir nicht dem Buchstaben des römischen Rechts dienen, so wenig als wir in der Kunst die griechischen Tempel und Bildwerke abzuformen, oder die Geschichte der Alten nachzuschreiben haben. Wir sollen von dem Buchstaben frei werden, von dem Geist uns durchdringen lassen.

Der aber würde irren, welcher glaubte, diese freie Wissenschaft erreichen zu können, ohne das römische Recht bei den Römern selbst aufgesucht zu haben. Nur wer mit diesem Recht in seiner ursprünglichen Heimath gewandelt hat, wird mit ihm über diesen beschränkten Boden hinausschreiten können. Jenes ist die Schule, die er durchlaufen muß, wie der Künstler mit der Nachbildung der Muster beginnt. Diese Schule wird schon von der Zukunft, zu der sie vorbereiten soll, beseelt sein müssen, aber sie wird die Ernte nicht ungeduldig in die Zeit der Saat verlegen dürfen.

In diesem Sinn hat die Grundlage des Rechtsunterrichts, welche man mit dem Namen der Institutionen bezeichnet, die Einführung in das römische Recht, wie es bei dem römischen Volk war, zum Zweck.

Zweites Buch.

Geschichte des Rechts bei dem römischen Volk.

Erste Periode.

Von den Quellen der ältesten Geschichte.

XXXVI. Die alten, griechischen und römischen, Schriftsteller, deren Werke über die römische Geschichte auf uns gekommen sind, geben eine ausführliche Erzählung der Begebenheiten bis auf den Ursprung der Stadt zurück. Rom, melden sie, wurde von Romulus gegründet, dem eine von väterlicher Seite überirdische Abkunft, eine wunderbare Erhaltung als hülfloses Kind gegen die Verfolgungen eines durch Weissagung feindselig erregten mütterlichen Verwandten, eine zu künftigen kriegerischen Thaten vorbereitende Jugend zugeschrieben wird. Nachdem dieser als König lange Jahre regiert, die ersten politischen Einrichtungen getroffen, und den jungen Staat gegen mißgünstige Nachbarn durch Klugheit und Stärke, durch Aufnahme tüchtiger Bürger von Außen, und durch glückliche Kriege befestigt und seinen Feinden furchtbar gemacht hatte, wurde er von der Erde weggenommen; an seine Stelle trat Numa, der, des Umgangs höherer Wesen gewürdigt, die Ausbildung der religiösen Verfassung sich angelegen sein ließ. Auf diese folgen noch fünf Könige, mit abwechselnder Thätigkeit theils für die Ausbreitung der römischen Macht, theils für die Entwickelung der inneren Einrichtungen, bis unter dem siebenten der königlichen Gewalt durch seine Vertreibung ein Ende gemacht, und von da an das Regiment in die Hände zweier, jährlich erwählter Consuln gelegt ward. Ueber alles dieses nun gehen die Nachrichten des Livius, Dionysius, Plutarch u. a. so sehr ins Einzelne, wie man es nur bei einer beglaubigten Geschichte erwarten könnte, und wenn sich nicht selten Abweichungen über Einzelnheiten zwischen den verschiedenen Schriftstellern finden, und auch von ihnen selbst angemerkt werden, so könnte man sie auf den ersten Anschein für solche nehmen, die zu allen Zeiten von der Geschichte, auch der urkundlich begründeten, unzertrennlich sind.

Nun lebten aber jene Historiker um viele Jahrhunderte entfernt von den Ereignissen, die sie erzählen. Ihre unmittelbaren Quellen waren ältere Schriftsteller, die für uns verloren sind, die aber ebenfalls durch einen bedeutenden Zwischenraum noch von jener ältesten Zeit getrennt waren. Diese könnten historisch glaubwürdige Documente aus den Anfängen des Staats benutzt haben. Solche wären namentlich die Annalen der Pontifices gewesen, zusammengesetzt aus den einzelnen Jahreschroniken, welche jährlich aufzuzeichnen eine Obliegenheit des Pontifex Maximus war.[a])

a) Als gleichzeitige Chroniken enthielten diese Annalen besonders die mit dem Religionswesen

Wie Dionysius die älteren griechischen Schriftsteller über die älteste Geschichte Roms darstellt, als ungenaue, dürftige, durch leere Gerüchte und Fabeln eingenommene Erzähler, während die römischen, nicht sehr alt (die ältesten: Q. Fabius und L. Cincius aus den Zeiten der punischen Kriege), die neuere Zeit ausführlich, die ältere nur sehr kurz beschrieben, [b]) können sie für umfangreiche Erzählungen keine hinreichenden Gewährsmänner gewesen sein. Und wenn er an einem andern Ort den letzteren die Benutzung von Tafeln nachrühmt, auf welchen Nachrichten in den Tempeln aufbewahrt wurden, [c]) so bemerkt er anderswo, wenigstens für die Zeit des vierten Königs, damals seien statt eherner hölzerne Tafeln in Gebrauch gewesen, die denn auch nicht auf die spätern Zeiten gekommen seien. [d])

Entschiedener spricht sich Livius aus. Nachdem er im ersten Buch seine in der Form bewundernswürdige Darstellung der Geschichte der Könige, im Einzelnen mit zweifelnder, im Ganzen mit vertrauender Haltung gegeben, und in den folgenden vier Büchern ebenso die Ereignisse von der Vertreibung der Könige bis zur Eroberung der Stadt durch die Gallier beschrieben hat, beginnt er am Anfang des sechsten Buchs sein Werk gleichsam von neuem mit der Bemerkung, daß erst von hier an eine sichere und genaue Geschichte zu schreiben sei; das bisher Erzählte sei schon seines hohen Alters wegen ungewiß, dazu komme, daß in den alten Zeiten die schriftliche Aufzeichnung seltner gewesen, und überdieß, was etwa in den Commentarien der Pontifen und andern öffentlichen und Privatdenkmälern enthalten war, größtentheils im gallischen Brand untergegangen sei. [e])

Diese Geständnisse über die Dürftigkeit der Quellen, ja über die Unächtheit der hauptsächlich zu benutzenden, insofern sie wenigstens in ihrer authentischen Gestalt untergegangen waren und nur in einer späteren Restitution vorlagen, die Klagen über vielfache Entstellung der alten Geschichte durch Schriftsteller, welche die Lücken ihrer Kenntniß mit Erdichtungen ausfüllten, fordern uns, wenn wir damit jene ausführlichen Darstellungen vergleichen, zu einer strengen Kritik derselben auf. Von dieser Kritik war man früherhin sehr weit entfernt, man verhielt sich vollkommen gläubig gegen jene Geschichte. Die Verklärung, welche die classischen Autoren des Alterthums in den Augen des Gelehrten umgiebt, verhinderte eine Untersuchung, der ein neuerer Schriftsteller unter gleichen Umständen nicht hätte entgehen können. Doch regte sich die Kritik in einzelnen Punkten schon im siebzehnten Jahrhundert. In der Mitte des achtzehnten trat Beaufort mit einem umfassenden Angriff auf die Glaubwürdigkeit der ältesten römischen Geschichte hervor, [f]) welchem Geschicklichkeit und in vielen Punkten zureichende Begründung nicht abgesprochen werden kann, dem aber, indem er eine bloß negative Richtung hatte, ein bleibender Erfolg ent-

---

unmittelbar zusammenhängenden Ereignisse (Cato bei Gell. II. 28, vergl. mit Gell. IV. 5. Plin. hist. nat. VIII. 82), indessen ist nicht zu zweifeln, daß sie auch andere politische Begebenheiten, wenn nicht mit Ausführlichkeit erzählten, doch namhaft machten.

b) Dionys. I. 6.

c) Dionys. I. 73. Er meint damit ohne Zweifel die Annalen der Pontifices.

d) Dionys. III. 36.

e) So sagt Plutarch im Numa (cap. 1) von den Familienstemmaten, die bis auf den Anfang der Stadt zurückgingen, Clodius habe in seinem ἔλεγχος χρόνων gezeigt, daß die alten Urkunden dieser Art in der celtischen Verwüstung untergegangen, die vorhandenen von Schmeichlern erdichtet seien.

f) L. de Beaufort, Diss. sur l'incertitude des cinq premiers siècles de l'histoire romaine. Nouv. éd. 1750. (Erste Ausgabe anonym 1738.)

ging. Einen solchen hätte er, da den menschlichen Geist nie das bloße Negative befriedigt, nur durch die Verbindung mit dem Versuch, das Wahre an der Stelle des als irrig Erkannten zu finden, erhalten können; eine solche positive, die negative selbst erst beglaubigende Forschung lag nicht in dem Vermögen seines Urhebers. Eine positivere Richtung hatte der Italiener Vico,[g] aber auch dessen Versuch ging, theils durch Ungunst der Zeit und Umgebung, theils durch seine innere Beschaffenheit als ein phantastisches Amalgam von Historie, Philosophie und Pythonismus, so spurlos vorüber, daß er als ein literarisches Phänomen erscheint, welches man, als es hätte wirken können, ignorirte, und erst beachtete, als seine Stunde vorbei war. Es war Niebuhr vorbehalten, unabhängig von diesen früheren Versuchen, und zu dem Werk wie keiner ausgerüstet, der ältesten römischen Geschichte eine neue Gestalt zu geben.[h] Die hohe Bedeutung seiner Untersuchungen für die Alterthumsforschung zu würdigen, muß Anderen, vielleicht der Zukunft, überlassen werden, wir haben dankbar anzuerkennen, daß sie der älteren Geschichte des römischen Rechts eine neue, fruchtbare Grundlage verliehen haben.

Man hat die mythische Beschaffenheit der Nachrichten von den ersten Königen mit der Bemerkung bestreiten wollen, daß der Ursprung Roms ja nicht in das graue Alterthum der Menschheit zurückgehe, daß er in eine Zeit falle, wo namentlich die Griechen schon zu einer bedeutenden Culturstufe gelangt waren. In dieser Vorstellung wiegt sich auch Cicero, indem er die Versetzung des Romulus unter die Götter aus diesem Grund für ein um so schlagenderes Zeugniß seiner Tugend hält.[i] Dieser Einwurf beruht auf einem Irrthum. Die älteste Geschichte eines jeden Volks, in welche Zeit seine Entstehung fallen möge, hat etwas sagenhaft unbestimmtes, wie der Anfang eines jeden Lebens dem leiblichen Auge entzogen ist. Gleichzeitige, schon ausgebildete Völker nehmen von dem entstandenen erst dann Notiz, wenn es eine gewisse Bedeutung für die Auswärtigen erlangt hat. Wie ungewiß ist die älteste Geschichte des deutschen Volks, ungeachtet sie in eine Zeit fällt, wo die Geschichte anderer Völker schon eine vollkommen sichere, urkundlich beglaubigte war. So verhütet die Natur ein vorzeitiges Befühlen und Beleuchten des Werdenden, welches die Entwickelung stören oder hindern würde.

Die Grundlage der späteren Geschichten von der früheren Zeit sind die Annalen der Pontifen, aber nicht die gleichzeitig geschriebenen, denn diese waren im gallischen Brand untergegangen, sondern die von den Pontifen nach diesem Ereigniß restaurirten.[k] Wie verfuhren nun die Priester bei dieser Restauration? Es sind die Begebenheiten und die Chronologie zu unterscheiden.

---

g) Giambatt. Vico, Cinque libri de' principj d'una scienza nuova d'intorno alla commune natura delle nazioni 1725, umgearbeitet 1732.

h) B. G. Niebuhr, römische Geschichte, 1. u. 2. Thl. 1811. 1812. Erster Theil, 2te, völlig umgearb. Ausg. 1827. 3. Ausg. 1828. Zweiter Theil, 2te, völlig umgearb. Ausg. 1830. Dritter Theil (nach dem Tode des Verf. herausg.) 1832. Ueber sein Verhältniß zu Vico und Beaufort vgl. man Savigny, Erinnerungen an Niebuhr's Wesen und Wirken, in Lebensnachrichten über Barthold Georg Niebuhr, III. S. 348 f.

i) Cic. de republ. II. 10.

k) Man kann diese Wiederherstellung der Annalen nach der Eroberung der Stadt durch die Gallier das erste Werk über die römische Geschichte nennen (vgl. Cic. de leg. I. 2), nur freilich nicht aus bloß historischem, sondern aus praktisch religiösem Interesse unternommen. [Aelter ist jedoch das Beamtenverzeichniß (C. I. Lat. I. pag. 425—442), welches aus dem Archiv des capitolinischen Jupitertempels herrührt, den der Consul Marcus Horatius am 13. September 245 einweihte. Aus diesem, welches im gallischen Brande (364) nicht zu Grunde gegangen war, ha-

Die Begebenheiten waren zum Theil noch in der Erinnerung des ganzen Volks bewahrt, namentlich die unmittelbar vorhergegangenen, auch von den entfernteren waren viele durch Liedersprüche, die bei Gastmahlen wiederholt wurden, erhalten, vermengt mit bewußter und unbewußter Dichtung. Manches einzelne Monument hatte sich aus der allgemeinen Zerstörung gerettet, viele alte Einrichtungen und Gesetze standen noch in voller Uebung, und gaben Zeugniß von der Zeit, in der sie entstanden waren. Eine Quelle der Restauratoren aber ist noch besonders hervorzuheben, sie betrifft die Punkte, in welchen die restaurirten Annalen mit den untergegangenen wahrscheinlich am meisten übereinstimmten; es sind aber zugleich die Punkte, worin weder diese noch jene als Zeugen historischer Ereignisse betrachtet werden können. Die Religion hatte in Rom einen entschieden politischen Charakter, sie war die Dienerin des Staats, so wurden die religiösen Lehren zu geschichtlichen Begebenheiten für Rom gemacht. Der Ursprung der Stadt, ihre ersten Schicksale, die Persönlichkeit der beiden ersten Könige und ihre Wirksamkeit, waren religiöse Dogmen. Es giebt eine Erklärung der Mythologie, die man von ihrem Urheber Euhemerismus genannt hat, und wonach die Götterlehre eine verhüllte Geschichte, die Götter hochgestellte Menschen sind, welche Dankbarkeit oder Aberglaube später für Götter gehalten und verehrt habe. Die alte Religion der Römer war ein wirklicher Euhemerismus, nur ein umgekehrter, indem sie ihre Könige nicht zu Göttern, sondern ihre Götter zu ihren Königen machten. Die Römer haben die Gegenstände ihres religiösen Bewußtseins in ihre Geschichte aufgenommen, und zwar in die, welche sich vor den Augen des jetzigen Geschlechts der Menschen ereignet hat, sie haben sie in eine Vergangenheit zwar, aber in eine solche gesetzt, die mit der Gegenwart ununterschieden zusammenhing, während bei den meisten andern Völkern die Religion wohl auch als Geschichte erscheint, aber als die eines früheren Geschlechts und einer von der Gegenwart generisch verschiedenen Vergangenheit. So ist die Geschichte der Entstehung Roms eine verhüllte Mythologie, und wie nach Euhemeros Kronos ein von seinem Sohn, Apollo ein von seinem Volk vertriebener König sein sollte, so sind Numitor, Amulius, Romulus in Könige verkleidete Götter[l]). Darin liegt zugleich die Beherrschung der Religion durch die Politik, deren Dienerin sie ist, eine Eigenthümlichkeit des römischen Staats- und Religionswesens, die keineswegs erst eine Ausartung späterer Zeiten ist.[m])

---

ben die Pontifices später das ihrige ergänzt. Die pontificalen fasti maiores stehen mit den minores im Zusammenhange, sie vervollständigen die monatliche Liste der Gerichtstage, welche die Pontifices von jeher zu verzeichnen hatten und von denen daher selbst der Name fasti entlehnt war. Der liber annalis pontificum, die Stadtchronik, welche zu dem Beamtenverzeichnisse auch die merkwürdigen Ereignisse des betreffenden Amtsjahrs verzeichnete, ist eine spätere Einrichtung, die älteste Sonnenfinsterniß, welche sie anmerkt, ist unter dem 5. Juni 351 eingetragen. Noch jüngern Datums ist die conventionelle Restauration der ältesten verlornen Stadtgeschichte, welche nicht über die erste Hälfte des fünften Jahrhunderts zurückreicht, aber auch nicht später fallen kann, da die Aufstellung der capitolinischen Wölfin mit dem Zwillingspaar Romulus und Remus schon im Jahr 456 erfolgte. Wie willkürlich auch die Pontifices verfuhren, ihre Restitution ist doch wenigstens national, während die hellenischen, z. B. die Odysseus- und Aeneassage (vgl. Klausen, Aeneas und die Penaten II. 1839. 1840) reine Fabeln sind, die freilich später auch in Rom selbst von den Juristen angenommen wurden, vgl. L. 17 § 1 D. de excus. (27, 1) L. 1 D. ad municip. (50, 1) Sueton. Claud. 24. R.]

l) Die Analogie zwischen jenen und der Aufeinanderfolge von Uranus, Kronos, Zeus ist keine sehr entfernte.

m) Es ist daher nicht zulässig, die älteste römische Verfassung mit Klenze (Grundriß der Gesch. des R. R. Vorrede) als eine Theokratie nach Analogie der orientalischen zu bezeichnen. Die Tradi-

Ueber die Bestimmung der Chronologie giebt die Beschaffenheit derselben selbst Aufschluß. Die Pontifen rechneten von dem gallischen Brand bis zur Vertreibung der Könige zurück 120 Jahre, so oft hatte der höchste Magistrat der Republik gewechselt. Für die Zeit der königlichen Regierung nahmen sie schlechthin die doppelte Zahl, also 240, und so fiel ihnen die gallische Eroberung auf das Jahr 360 nach Erbauung der Stadt. Jene 240 Jahre vertheilten sie unter die sieben Könige, die sie annahmen, vor allem so, daß die Mitte dieser Zahl gerade auf die Mitte der Regierungszeit des mittelsten, also des vierten Königs fiel. Dieß beweist entschieden die Erdichtung. Auf die zwei ersten Könige rechneten sie die mystische Zahl 77, indem sie Romulus 37 Regierungsjahre gaben, und nach einem Jahr des Interregnums Numa mit 39 Jahren, zugleich der Höhe seines damaligen Alters und der Länge seiner folgenden Regierung eintreten ließen. Auf das Jahr 78 fiel nach ihrer Rechnung die erste Säcularfeier Roms, so daß mit den zwei ersten, mythischen Königen das erste Säculum sich beschloß, zu dessen voller Größe von 110 Jahren 33 Jahre, ohne Zweifel aus einem in ihrer Geheimlehre gegebenen Grund, fehlten. Dem dritten König, Tullus Hostilius, gaben sie 32, dem vierten, Ancus Martius, 23 Regierungsjahre, Tarquinius Priscus sollte 38, Servius Tullius gar 44 Jahre regiert haben, die 26 Regierungsjahre des Tarquinius Superbus schließen die Zahl 240 ab. Nach der später herrschenden Zeitrechnung fällt die gallische Eroberung auf das Jahr 364 d. St.,[n]) die Vertreibung der Könige ins J. 244, die ersten Consuln 245. Diese Abweichung von der ursprünglichen Zeitrechnung erklärt sich so. Man fand, daß die 120 Magistratsjahre seit der Vertreibung der Könige, der Interregnen wegen, 124 astronomische Jahre betrugen; die Zahl dieser letzteren war durch die Zahl der Nägel gegeben, welche jährlich an den Iden des Septembers von dem höchsten Magistrat am Tempel des capitolinischen Jupiter eingeschlagen wurden. Diese Sitte begann im ersten Jahr nach der Vertreibung der Könige. Die vier ausgefallenen Jahre schob man am Ende des mythischen Säculums bei der Regierung des Numa ein, die dadurch auf 43 Jahre anwuchs.[o])

So enthielt also die Grundquelle der alten Geschichtschreiber bei weitem nicht durchaus urkundliche Geschichte: vieles mythische, vieles in der Sage umgebildete, vieles geradezu erfundene. Diese Erfindungen wurden ins Ungemessene vermehrt, als die griechischen Literaten sich mit der römischen Geschichte zu beschäftigen anfingen, den dürftigen Stoff erweiternd und in ihrer Meinung verschönernd, und sie blieben auch auf die römischen Schriftsteller nicht ohne Einfluß. Die Aufgabe ist, aus der heterogenen Masse den historischen Kern herauszufinden. Dieß setzt eine vollkommene Beherrschung des Materials, der jede Einzelheit in jedem Moment der Forschung vollständig zu Gebote steht, voraus, und eine eben so vollkommene Kenntniß aller Punkte der

---

tion selbst drückt das Verhältniß der Politik und Religion im Bewußtsein der ältesten Römer aus, indem sie den religiösen Gesetzgeber erst den zweiten König sein läßt.

n) Nämlich nach der varronischen Zeitrechnung, nach der catonischen, die vom Jahre 305 ab ein Jahr hinzufügt, 365. Es möge hier sogleich erinnert sein, daß in dem Verfolg dieses Werks die Zeitbestimmungen nach der varronischen Zeitrechnung werden gemacht werden. — Eine andere Verschiedenheit beider Aeren, und zwar die, wodurch sie sich als Aeren unterscheiden, hat vorzugsweise für die allgemeine Geschichte Interesse, dieß ist die, daß die varronische das dritte Jahr der sechsten Olympiade (753 v. Chr.), die catonische das vierte (752 v. Chr.) als das der Erbauung Roms annimmt.

o) Niebuhr, „Anfang und Art der ältesten Geschichte," und „die Aera von Gründung der Stadt", Röm. Gesch. I. S. 247 ff.

späteren, beglaubigten Geschichte, welche sich an die frühere anknüpft und auf sie zurückdeutet. Niebuhr, der diese Herrschaft in ungewöhnlichem Grad besaß, ist in jener Aufgabe weit vorgeschritten; die, welche folgen, werden noch manche stehende Ernte finden; einzelnes mag sich in der von ihm gegebenen Richtung auch von solchen, die auf den Umfang seiner Einsichten keinen Anspruch haben, berichtigen lassen.[p])

XXXVII. Am nächsten liegt die Möglichkeit, in die historische Wahrheit durch den sie umziehenden Nebel einzudringen, bei den rechtlichen Dingen, für welche mehr als irgendwo vermöge der organischen Natur des Rechts von einzelnen beglaubigten Punkten auf nicht überlieferte, von späterer Gestaltung auf die frühere geschlossen werden, und so, wenn nicht unwidersprechliche Gewißheit, doch genugsame Wahrscheinlichkeit erlangt werden kann. Mit welcher Vorsicht indessen auch in dieser Hinsicht die alten Schriftsteller benutzt werden müssen, ist gleich hier an einer Quelle zu zeigen, welche sie bei ihren Berichten über Rechtssätze der ältesten Zeit mit ziemlicher Zuversicht gebrauchen.

Die Gesetze der königlichen Zeit faßte man späterhin unter dem Namen leges regiae zusammen.[a]) Die Alten führen solche leges regiae häufig mit ihrem Inhalt an, zuweilen sogar wörtlich in alterthümlicher Sprache. Fast alle werden dem Romulus oder dem Numa zugeschrieben, eines über die Bestrafung ungerathener Kinder dem Servius Tullius.[b]) Dazu kommen noch generellere Notizen, wie z. B. Dionysius theils erwähnt, Servius habe die Gesetze von Romulus und Numa von neuem aufzeichnen lassen, und eigene hinzugesetzt,[c]) theils von fünfzig Gesetzen erzählt, die dieser König über Verträge und Verbrechen erlassen habe.[d]) Er fügt hinzu, es sei jetzt nicht nöthig, näher darauf einzugehen, an einem andern Ort aber berichtet er, Tarquinius Superbus habe diese Gesetze nicht blos aufgehoben, sondern sogar die Tafeln, auf denen sie verzeichnet gewesen wären, vernichtet.[e])

Die Schriftsteller, aus denen wir diese Nachrichten schöpfen, haben sie (wenigstens gilt dieß gewiß von den meisten) nicht erfunden; sie haben ihre Citate

p) [Einen höheren und freieren Standpunkt nimmt jetzt Theodor Mommsen's römische Geschichte, bis jetzt 3 Bde. bis zur Schlacht bei Thapsus, ein. Es ist nicht mehr allein die Geschichte des formellen Staatsoberhaupts, der römischen Gemeinde, sondern des gesammten italischen Stammes, welche hier erzählt wird. Die herrschende Gemeinde erscheint vielmehr nur als die Seestadt und Grenzfestung eines größern Ganzen, zunächst des latinischen Bundes, und die spätere Unterwerfung der Italiker ist nichts Anderes als die staatliche Einigung der verschiedenen Stämme der Nation unter Führung des mächtigsten. Diesem Gesichtspunkt entsprechend ist zunächst für die älteste Geschichte der Einwanderung und Ansiedlung auf Grund der neuern vergleichenden Sprachforschung ein festerer Boden gewonnen. Aber auch für die helleren Zeiträume, mit welchen die Möglichkeit einer pragmatischen Geschichte des römisch-italischen Volks beginnt, ist durch den Aufschwung, welchen die Epigraphik zum großen Theil durch Mommsen genommen hat, eine unmittelbare Quelle eröffnet, welche der früheren römischen Geschichtschreibung, die sich statt auf die Urkunden selbst nur auf die Berichte der alten Schriftsteller gründete, noch nicht zu Gebote stand. R. — Die Verfassungsgeschichte Roms hat eine neue Grundlage gewonnen durch Mommsen's römisches Staatsrecht, von welchem bis jetzt vorliegen Band I (1872) als allgemeiner Theil über Begriff, Inhalt, Voraussetzungen und Dauer der Magistratur, und Band II, dessen erste Abtheilung (1874) die einzelnen Magistraturen des Königthums und der Republik entwickelt, während die zweite Abtheilung (1875) den Principat darstellt. Die 2. Auflage ist 1876. 1877 erschienen.]

a) Gesetze, welche die Volksversammlung auf Antrag eines Königs genehmigte, wie leges tribuniciae, die von den Tribunen vor das Volk gebracht wurden.

b) Dirksen, Uebersicht der bisherigen Versuche zur Kritik und Herstellung des Textes der Ueberbleibsel von den Gesetzen der römischen Könige, in dessen Versuchen zur Kritik und Auslegung der Quellen des R. R. 1823. Abh. 6.

c) Dionys. IV. 10. d) Dionys. IV. 13. 36. e) Dionys. IV. 43.

unmittelbar oder mittelbar aus einer Sammlung königlicher Gesetze genommen, die zu ihrer Zeit in Umlauf war, und in welcher die des Numa die wichtigste Stelle einnahmen.[f]) Daß diese Gesetze in einer an ihre angebliche Entstehungszeit hinanreichenden Gestalt auf die späteren Zeiten gekommen sind, etwa in einer dem Ancus Martius zugeschriebenen Redaction,[g]) ist undenkbar, auch bemerkt Dionysius selbst das Gegentheil. Im Jahr der Stadt 573 wurden beim Umgraben eines Feldes am Janiculus zwei steinerne Behältnisse gefunden, von denen das eine nach der Aufschrift den Leichnam des Numa, das andere seine Bücher enthalten sollte. Beim Eröffnen fand man jenes leer, dieses gefüllt mit sieben lateinischen Büchern de iure pontificio, sieben griechischen, philosophischen Inhalts. Die Bücher wurden von vielen gelesen, dann auch von dem Prätor Q. Petillius, der ihren Inhalt religionsgefährlich fand (pleraque dissolvendarum religionum esse), und die Zerstörung derselben veranlaßte.[h]) Plinius benutzt dieß als ein, wie er glaubt, schlagendes Argument gegen Varro's Behauptung, daß das Papier erst unter Alexander dem Großen aufgekommen sei, denn jene Bücher des Numa seien auf Papier geschrieben gewesen, und er ist nicht abgeneigt, jenen Prätor einer großen Barbarei zu beschuldigen.[i]) Aus Livius, der mit dem ihm eigenen Humor, was an der Sache war, durch wenige in seinen Bericht verwebte Worte andeutet,[k]) sehen wir, daß der Entdeckung eine Mystification zu Grunde lag, durch welche die, von denen der Schatz fabricirt und zur Auffindung hingelegt war, auf Volk und Staat einwirken wollten; es ist wahrscheinlich, daß die Sache mit der einige Jahre vorher entdeckten bacchanalischen Verschwörung zusammenhing. Dieß sah der Prätor Petillius sehr wohl; es war weder eine Gleichgültigkeit gegen das Alterthum,[l]) noch eine Feindschaft gegen die Philosophie, wie der gelehrte Plinius meinte, die ihn zu seinem Verfahren bestimmte.[m]) Das geht auf jeden Fall aus dieser Geschichte hervor, daß man damals keine als ächt und unmittelbar überliefert geltenden Rechtsbücher des Numa hatte, da die Meinung der Leichtgläubigen die war, man hätte sie nun erst aufgefunden.

Eine Sammlung königlicher Gesetze, aus der die Citate der Alten genommen sind, wird nun wirklich erwähnt. Pomponius nennt sie ius civile papirianum, von einem zur Zeit des letzten Königs lebenden Papirius verfaßt, der darin die Gesetze in Ordnung gebracht habe.[n]) So sagt auch Dionysius, der Pontifex Papirius habe nach Vertreibung der Könige die Gesetze des Numa wieder in Uebung gesetzt.[o]) Um das Ende der freien Republik schrieb Granius

---

f) Cicero (de rep. II. 14. V. 2) läßt den Scipio von Gesetzen des Numa sprechen: quas in monumentis habemus — quas scitis exstare.

g) Dionys. III. 36. *h*) Liv. XL. 29. Plin. hist. nat. XIII. 27.

i) Mit derselben Leichtgläubigkeit führt Plinius einen papiernen Brief des Sarpedon aus Troja an, der in Lycien gefunden worden sei.

k) — libros non integros modo, sed recentissima specie — graeci de disciplina sapientiae, quae illius aetatis esse potuit —.

l) Mox pluribus legentibus quum vulgarentur, Q. Petillius praetor urbanus, *studiosus legendi*, eos libros a L. Petillio sumsit.

m) Daß man an der Aechtheit zweifelte, giebt auch der Annalist Cassius Hemina an (mirabantur alii, quomodo illi libri durare potuissent), der das aus der frischen Beschaffenheit der Bücher entstehende Bedenken auf künstliche Weise zu entfernen sucht, und wenigstens für Plinius auch wirklich entfernt.

n) Pompon. L. 2. § 2. D. de orig. iur. (1, 2.) Im § 36 führt er ihn daher als den ersten juristischen Autor an.

o) Dionys. III. 36.

Flaccus ein Werk de iure papiriano.[p]) Wie steht es nun mit der Glaubwürdigkeit dieser Sammlung in Beziehung auf die königlichen Gesetze und Anordnungen, die sie enthielt, und welche die Autoren aus ihr nahmen?

Hier ist vor allem zu erinnern, daß aus jenen Nachrichten zunächst nur dieß hervorgeht: jener Papirius hatte wirklich oder angeblich eine solche Sammlung gemacht, und weit später besaß man noch eine solche, die mit einem im fünften und sechsten Jahrhundert für juristische Bücher nicht ungewöhnlichen Titel: ius oder ius civile bezeichnet und nach jenem Papirius genannt war; die Identität dieses wohl vornehmlich in der Bearbeitung des Granius gebrauchten Buchs mit dem von Papirius der Tradition nach verfaßten nahm Pomponius, ohne Zweifel mit vielen Andern, an, natürlich ist sie dadurch keineswegs erwiesen. Aber sogar, wenn wir die Sammlung, welche die Autoren benutzen, bis auf die ersten Zeiten nach Vertreibung der Könige zurücksetzen dürften, würde die Urheberschaft des Romulus und Numa für ihren vornehmsten Inhalt keineswegs als eine historische Thatsache gelten können. Das Jus Papirianum bleibt immer nur eine Aufzeichnung solcher Rechtssätze, bei welchen noch in späterer Zeit die Pontifen religiöse Grundlage und Gestalt festhielten, und denen sie Garantie und Haltung dadurch gaben, daß sie sie mit den geheiligten Personen jener mythischen Könige in Verbindung setzten. Die Entscheidung der Frage, ob das Jus Papirianum wirklich jenen Papirius zum Urheber hat, worüber so wie über andere Nebenpunkte viel gestritten worden ist[q]), ist für die Authenticität der Gesetze des Romulus und Numa so wenig relevant, als eine Mythe dadurch zur Geschichte wird, daß sie sehr alt ist.

Im sechzehnten Jahrhundert ist einige Zeit lang die Meinung verbreitet gewesen, die Gesetze des Romulus seien in ihrer ursprünglichen Gestalt auf einer ehernen Tafel überliefert, die man von dem angeblichen Entdecker tabula Marliani nannte. Dieß beruhte auf einem Mißverständniß einer Stelle in Marliani topographia antiquae Romae (1534. V. 9), wo der Verfasser mit den Worten: Erant et leges a Romulo institutae, quarum argumentum tale est: ne quid inaugurato faciunto u. s. f. eine Zusammenstellung solcher Gesetze aus den Nachrichten der alten Schriftsteller geben will, wobei er freilich sehr vieles anführt, was in keinem derselben als Gesetz des Romulus vorkommt. Dieser erste, sehr ungründliche Versuch einer s. g. Restitution der königlichen Gesetze oder, wenn man will, des Jus Papirianum ist ganz ohne Veranlassung für den Abdruck eines alten Monuments gehalten worden, und hat, selbst nachdem man von dem Irrthum zurückgekommen war, einen bedeutenden Einfluß auf die späteren Zusammenstellungen ausgeübt, die in bedeutender Anzahl darauf gefolgt sind.[r])

Entstehung des römischen Volks.

XXXVIII. Die Tradition der Römer schrieb den vier ersten Königen die

---

p) Citirt in L. 144 D. de verb. signif. (50, 16) und wahrscheinlich auch unter: in papiriano iure relatum est etc. gemeint bei Macrob. Saturn. III. 11. [Verschieden von dem theologischen Werk des Granius Flaccus über die Indigitamenta: Ambrosch, über die Religionsbücher der Römer. 1843. S. 2 Note 3. R.]

q) Wenige einzelne Punkte der Rechtsgeschichte haben die Schriftsteller des vorigen Jahrhunderts mehrfacher beschäftigt, als dieser, s. Zimmern, Geschichte des R. Privatr. I § 27.

r) Vgl. Dirksen a. a. O. Kap. 2. [Neueste Zusammenstellung in Bruns, Fontes iuris Romani antiqui. Ed. IV. Tubingae 1880 p. 1—14. Ueber Ursprung und Inhalt der Sammlung vgl. Mommsen, röm. Staatsrecht II (1877) S. 41 ff. M. Voigt, über die leges regiae Abhandl. der sächs. Gesellsch. d. Wiss., phil. hist. Classe VII (1876) 6.]

Gründung und Befestigung des Staats zu. Eine religiöse Tradition ist die Geschichte des Romulus und Numa, von welchen jenem die erste politische Einrichtung, diesem die Ausbildung der religiösen Verfassung beigelegt wird. Die beiden folgenden Könige, der kriegerische Tullus und Ancus, dem eine Zusammenstellung der numaischen Gesetze zugeschrieben wird, jener mit Romulus, dieser mit Numa gleichen Stammes,[a]) sind in vielen Rücksichten nur eine profane Wiederholung der beiden ersten.

Das römische Volk erscheint in allen Traditionen als ein zusammengesetztes. Schon unter Romulus ist es in drei Theile (tribus)[b]): Ramnes, Tities, Luceres geschieden, die sicherlich zugleich nationell verschiedene Stämme sind. Das Volk des Romulus vereinigt sich mit einem sabinischen, dessen König Tatius Mitkönig des Romulus wird; diesem Bunde wird durch die Sage von dem Raub der Sabinerinnen das Bild einer Ehe gegeben, aus der das nachherige Rom entsprossen. Ueberdieß wird auf jeden jener vier ersten Könige ein Theil des Volks zurückgeführt. Romulus baut die Stadt auf dem Palatium, Numa der Sabiner fügt den capitolinischen und quirinalischen Hügel hinzu, die Niederlassung des sabinischen Stammes, der sich mit Rom vereinigte, Tullus den mons caelius, angeblich mit den Bewohnern der zerstörten Alba,[c]) Ancus bevölkerte den aventinischen Berg, den Hauptsitz der Plebejer mit den Bewohnern unterjochter latinischer Städte.

Wir dürfen annehmen, daß die Geschichte Roms mit einer Stadt auf dem palatinischen Hügel, Roma, beginnt. Ihre Bewohner waren gleichen Ursprungs mit den Latinern, von Pelasgern abstammend. Diese Römer, die nachherigen Ramnes, hatten sich wahrscheinlich einen andern Stamm unterworfen, der vor ihnen diese Sitze inne hatte, die nachherigen Luceres, Bewohner des cälischen Bergs und der dazu gehörigen Niederungen. Gegenüber von Rom auf dem capitolinischen und quirinalischen Hügel lag eine sabinische Ansiedelung, vielleicht Cures, ihre Bewohner Quirites genannt, die nachherigen Tities.[d]) In Folge eines Krieges zwischen Römern und Quiriten wurden beide Städte zu einem Gemeinwesen vereinigt, das mit dem Namen populus romanus quirites bezeichnet ward, von den beiden herrschenden Stämmen, denen jener dritte in einer zwar politisch berechtigten, aber nicht vollkommen gleichen Stellung zugeordnet wurde.[e]) Aus dem latinischen Bestandtheil Roms

---

a) Liv. I. 32. Varron. fragm. ed. Bip. p. 355: Anci praenomen Varro a Sabinis translatum putat.

c) Tribus gleich Theil s. Mommsen, die röm. Tribus S. 1.

b) Nach andern Sagen sollten seine Bewohner aus Etrurien stammen, als Gefährten des Cälius Vibenna, eines etruskischen Heerführers, welcher dem Romulus im Krieg gegen die Sabiner beigestanden, und mit seiner Schaar den von ihm genannten Berg eingenommen habe. Varro de L. L. V. 46 (Muell.). Dionys. II. 36. Paul. Diac. ex Festo v. caelius.

d) [Vergl. Ambrosch, Studien und Andeutungen im Gebiet des altröm. Bodens und Cultus 1839. besonders Kap. 5. S. 137—159 über das Verhältniß der Regia zum palatinischen Rom, Kap. 6. S. 159—196 über die Gottheiten und Priesterthümer der Quiriten, Kap. 7. S. 196—231 über das Verhältniß des capitolinischen Cultus zu dem des älteren Roms; ferner Jordan, Topographie der Stadt Rom I (1878) S. 153 ff.]

e) Liv. I. 13: Civitatem unam ex duabus faciunt, regnum consociant, imperium omne conferunt Romam. Ita geminata urbe, ut Sabinis tamen aliquid daretur, Quirites a Curibus appellati. Ovid. fast II. 480: Romanis iunxerat ille Cures. Im Grunde sagt Livius ganz das im Text von der sabinischen Stadt Bemerkte, wenn man nur den, seine Darstellung ohnehin störenden, Umstand wegdenkt, daß er Cures jenseits des Anio im Sinn hat. Wäre die Stellung der beiden Stämme die umgekehrte geworden, so würden die Historiker bei dem Palatium eben so an das noch entferntere haben denken können.

erklärt sich die Verwandtschaft mit griechischer Nationalität, das Eigenthümliche des römischen Volks haben wir vorzugsweise dem sabinischen Element zuzuschreiben. Auf das römische wird die Thätigkeit nach Außen zurückgeführt, auf das sabinische die innere Ordnung, wie sich dieß noch in dem späteren Gebrauch des Ausdrucks quirites zeigt. Man darf sagen, daß auch dieses Verhältniß durch jene alte Sage, in welcher das sabinische Element als das weibliche erscheint, abgebildet ist. Erst in der Folge ist noch ein etruskisches Element hinzugekommen, auf welches spätere politische Einrichtungen bezogen werden.[f])

Das älteste Recht.[a])

XXXIX. Das Land, auf welchem der Staat ruht, das Gut, das er in sich schließt, erscheint in der Richtung nach Außen als Eigenthum des Staats,

---

f) Einer der neuesten Schriftsteller über den römischen Staat, Göttling, (Geschichte der röm. Staatsverfassung von Erb. d. Stadt bis zu Cäsar's Tod, 1840), hat § 1—27 eine Zusammenstellung der Notizen über die Eigenthümlichkeit der sabinischen, latinischen und etruskischen Völker in Sitten, Verfassung und Recht versucht. Obwohl im Ganzen dürftig, und zum Theil auch unsicher, sind sie doch nicht ohne Bedeutung für die Einsicht in die älteste Verfassung, wie denn auch von mehreren derselben dieser Gebrauch schon öfter mit Erfolg gemacht worden ist. Wollte man aber die Wirksamkeit jedes Elements des alten Roms schlechthin und überall nach den Sitten und Einrichtungen bemessen, die von dem Volk, aus dem es stammt, aus irgend einer Zeit berichtet werden, so würde man einen der größten Fehler begehen, der sich in der Geschichte begehen läßt, nämlich Zeit, Ort und Einwirkung von Gegensätzen außer Anschlag zu lassen.

a) [Die neuesten Versuche über das älteste Recht, freilich in sehr verschiedener Richtung, sind in folgenden Schriften enthalten: Pfund, altitalische Rechtsalterthümer in der römischen Sage. 1847. Nägelé, Studien über altitalisches und römisches Rechtsleben, als Vorschule der römischen Staats- und Rechtsgeschichte. 1849. Vgl. Rein in der Zeitschr. für Alterthumswiss. 1851 Nr. 43. 44. Bachofen, die Grundlagen des röm. Staatsrechts (Gesch. der Römer von Gerlach und Bachofen 1851, I. 2 S. 211 ff.). Ihering, Geist des röm. Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwickelung, 1. Theil 1852, welcher Letztere das älteste Recht aus der Gewalt, der Familienverbindung und dem subjektiven Willen herleitet, in dem Carl Adolf Schmidt (1853) sogar den principiellen Unterschied zwischen dem römischen und germanischen Recht zu finden geglaubt hat. Schon die unglaubliche Divergenz dieser Bestrebungen zeigt, wie unsicher der Boden ist, auf welchem sie sich bewegen. Einen einigermaßen sichern Rückschluß gewährt erst das älteste Stadtrecht der zwölf Tafeln vgl. § 54. Es zeigt bereits das klare Recht einer vorgeschrittenen Handelsstadt. Alle Rechtsgeschäfte werden durch feste stehende Formeln erläutert, eine Zeichensprache durch Symbole, d. h. durch sinnliche Zeichen des Gedankens, begegnet nur noch im Völkerrecht, wo die Sprache unverständlich ist, und in der Haussuchung nach gestohlenem Gut, bei welcher die Leidenschaft die Verständigung unsicher macht. Ueber das Seinige ist dem Hausvater unter Lebenden die freiste Verfügung gestattet. Ein Beispruchsrecht der nächsten Erben ist nur in der Geschlechts- und Pupillentutel und der cura über erwachsene Wahnsinnige und Verschwender anerkannt. Der einfache Vertrag (pactum conventum) ist nicht klagbar. Tritt aber Staatsgarantie hinzu, so gewährt der Staat den strengsten Rechtsschutz. Der Realcredit (fiducia) fängt sogar bei der Enteignung an. Freizügigkeit und Civilehe sind von alter Zeit in liberalster Weise gewährleistet. Die Freilassung ist sogar jedem einzelnen Bürger überlassen. Das gesetzliche Erbrecht erscheint nicht auf den Mannsstamm beschränkt, kann aber durch Specialgesetz (arrogatio, testamentum in comitiis calatis, in procinctu) beschränkt und ausgeschlossen werden. Ebenso nach späterem ius civile, welches aber auf die 12 Tafeln gegründet war, durch Verkauf der Güter unter Lebenden (Gai. 2, 103). Die Blutrache ist fast spurlos verschwunden, auch von der Selbsthülfe existirt nur noch die Form und Ihering, Geist I 3. Aufl. S. 118 f. geht zu weit, wenn er ihr noch in der römischen Rechtsgeschichte eine ganze erste Periode einräumt. Die Talion bei Injurien wird schon durch jeden formlosen Sühnevertrag beseitigt u. s. w. Die deutsche Romantik und Gemüthlichkeit fehlt diesem bürgerlichen Recht gänzlich, in dem Alles in kaufmännischer Weise knapp und klar, dafür aber auch fest und sicher ist. Erst die spätere juristische Interpretation führte die bona fides in den Verkehr ein, durch welche der Erfolg der Rechtshülfe ausgiebiger, aber auch unsicherer wird. (Cic. top. 17, 66, pro Q. Roscio 4, 11). — Ueber das ältere Recht fehlt uns jede sichere Ueberlieferung. Es ergiebt sich hieraus, daß des Verfassers Versuch, das romanische und quiritische Rechtsprincip zu

womit sich wohl verträgt, daß es im Innern das selbständige Eigenthum seiner Bürger ist; ebenso erscheinen diese nach Außen bloß als Glieder des Staats, es wird hier ihre Eigenschaft als Privatpersonen verdeckt, die im Inneren hervortritt. Wie nun die Richtung nach Außen die ursprünglich allein herrschende des römischen Volks war, so bildete sich auch sein ältestes Recht in diesem Sinn. Das öffentliche Recht beherrschte das Privatrecht. Die Personen galten nur als Glieder des populus, die Güter als res populi oder publica.

Der populus ist in drei tribus geschieden, jede mit ihrem besonderen Gebiet. Jede Tribus theilt sich in zehn curiae, und auch diesen dreißig Curien entsprechen dreißig Regionen des Landes. In jeder Curie sind endlich zehn Decurien enthalten; diese Decurien sind nichts anders als die gentes.[b]) Hier hat sich die natürliche Thatsache, daß der Staat in der Familie seine Wurzel hat, zu der rechtlichen Form gestaltet, daß die Familien politische Corporationen sind, deren Gesammtheit den Staat bildet. Die Familie als politische Corporation, also als gens, geht über die Schranken der natürlichen Familie hinaus, daher ist natürliche Verwandtschaft der Gentilen, wenn sie auch als ursprüngliches Fundament gedacht wurde, doch kein rechtliches Erforderniß, und es konnten von Anfang, um die festgesetzte Zahl von dreihundert Gentes zu bilden, natürliche Verwandtschaften getheilt oder verschiedene in eine Gens vereinigt werden. Jede Gens umfaßt von Anfang mehrere Familien, die später in noch mehrere auseinander gehen konnten; wir können sie als die natürlichen im Gegensatz gegen die politischen, welches die Gentes waren, bezeichnen. Auf diesem Fundament der Verfassung beruht die Geschlossenheit des Populus. Um zu diesem zu gehören, mußte man in einer Tribus, um zu dieser, in einer Curie, um zu dieser, in einer Gens sein, also in einer der Familien sich befinden, welche die Gens bildeten, und dieß durch den Zusatz des Gentilnamens zu dem Familiennamen anzeigten. Die politische Stellung der Tribus, Curien und Gentes hat zugleich einen religiösen Gehalt, alle sind, wie der Populus im Ganzen, durch sacra geheiligt; es leidet keinen Zweifel, daß damals auch die sacra pro gentibus zu den publica sacra gehörten.

Für die rechtliche Gestaltung dessen, was unter der Gens begriffen war, trat das sabinische Element, das ius quiritium, ein. Die politische Familie wird mit dem römischen Wort gens bezeichnet, den Namen für die privatrechtliche, familia, dürfen wir dem sabinischen Bestandtheil der Sprache vindiciren. Festus leitet ihn aus dem Oskischen ab, Varro, indem er den Unterschied beider Sprachen voraussetzt, anerkennt eine Verwandtschaft unter ihnen.[c]) Das

---

reconstruiren, Unerreichbares anstrebt. Wir kennen von den alten Stammtribus nur die Namen und wissen nicht einmal, ob sie successive verschmolzene Gemeinden waren, oder nur einen gleichzeitigen Schematismus darstellen. Der § 39 enthält daher nur die Speculation, aber keine Geschichte. R]

b) Niebuhr, „die Geschlechter und Curien" Röm. Gesch. I S. 317 ff. Diese Entdeckung Niebuhr's ist eine der fruchtbarsten für die richtige Einsicht in die alte Verfassung. Göttling (Gesch. der röm. Staatsverf. § 38) bestreitet sie, indem er sich von der einen Seite auf die von den Historikern erzählten Cooptationen neuer Gentes, von der andern darauf beruft, daß es nicht möglich gewesen wäre, die 300 Gentes immer bestehend zu erhalten. Jeder dieser beiden Gegengründe hebt den andern auf.

c) Paul. Diac. ex Festo: Famuli origo ab Oscis dependet, apud quos servus famel nominabatur, unde et familia vocata. Varro de L. L. VII. 28 (ed. Muell.): . . . cascum significat vetus; eius origo sabina quae usque radices in oscam linguam egit. So nennt Festus auch multa ein oskisches Wort (v. multam), Varro, (Gell. XI. 1) ein sabinisches.

quiritische Recht giebt der Familie die Gestalt, daß an der Spitze derselben der Hausvater, pater familias, steht, unter dessen Gewalt alle andern Glieder beschlossen sind.[d]) Aber die, welche unter demselben Haupt gestanden haben, werden sich nicht fremd, wenn dieses stirbt; sie sind sich noch agnati, welche denselben Familiennamen führen. Dadurch erhält familia die weitere Bedeutung des Inbegriffs der Agnaten, die gegen einander selbständig, nicht durch die Gewalt eines gegenwärtigen Hauptes, sondern durch ein ehemaliges, mit dem sie unmittelbar oder durch ihre Vorfahren zusammenhängen, verbunden sind.

Die familia ist keine politische Verbindung, dessen ungeachtet ist sie, schon wegen ihres Zusammenhangs mit der Gens, der Beherrschung durch das ius populi nicht entnommen. Die Erhaltung der Gentes beruht auf dem Bestand der Familien. Die Schließung der Ehe steht unter der unmittelbaren Aufsicht der Priester, es ist ein öffentlicher Act, die confarreatio, durch welchen allein die Ehen in der ältesten Zeit von den römischen Bürgern eingegangen werden konnten. Im sechsten Jahrhundert wurde einer Frau durch einen Senatsbeschluß zur Belohnung das Recht der gentis enuptio gegeben;[e]) diese Frau war eine Libertina; möglich, daß in der ältesten Zeit das Verbot der gentis enuptio für alle Frauen galt, wofern nicht für einen besonderen Fall durch Volksbeschluß eine Ausnahme gestattet ward, und daß erst später das Connubium unter den Gentes eingeführt wurde. Die politische Nothwendigkeit, die Familien und mit ihnen die Gentes vollzählig zu erhalten, führte auf die künstliche Fortpflanzung derselben durch Aufnahme in die Familie. Sie geschah unter der Leitung der Pontifen durch den Act der Arrogation vor der Volksversammlung.

XL. Es ist altes römisches Recht, daß erobertes Land und erbeutetes Gut dem Staat erworben ist, und erst durch seine Vermittelung an den Einzelnen kommen kann. Dieß galt gewiß auch für den ersten Besitz des römischen Volks, also von dem Land und Gut, das es bei der Einnahme seiner Wohnsitze überkam. Nun verträgt sich damit wohl ein Uebergang des ursprünglichen Staatsguts in das freie Eigenthum der Einzelnen; der ältesten Richtung des römischen Volks aber entspricht es vielmehr, daß der Staat fortdauernd als Eigenthümer angesehen, dem Einzelnen nur die Ausübung des Staatseigenthums überlassen ward, so daß er auch in seinem Verhältniß zu den äußern Gütern nur als Glied des Populus erschien.

Dieß hat am wenigsten Bedenken bei den unbeweglichen Gütern. Aller Grund und Boden gehörte dem Staat, war ager publicus oder populi, und konnte dem Einzelnen nur zum Genuß und Besitz übergeben sein. Der Einzelne war nach der ältesten Rechtsansicht im engsten Zusammenhang mit dem Ganzen, seine öffentliche absorbirte noch seine Privat-Person. Diesem Princip würde es widersprochen haben, wenn der Bürger ein Stück des Grund und Bodens, auf dem der Staat ruhte, hätte herausnehmen und sich privateigen machen wollen.[a]) Was also ein Bürger von dem Lande besaß, war ager

---

d) Der Zusatz familias wird gebraucht, insofern er von Außen, also für Andere, als Haupt der Familie zur Sprache kommt; so heißt die Frau mater familias, insoweit ihr ein Auftreten und Ansehen außer dem Haus zu Theil wird, ebenso wird der Sohn filius familias genannt, insofern er mit Andern in rechtliche Berührung kommt.

e) Liv. XXXIX. 19.

a) Huschke (Verfassung d. Servius S. 77) nennt es einen „Grundirrthum Niebuhr's", daß

publicus, und ihm nur als possessio zum Genuß überlassen. Er erwarb diesen Besitz durch concessio von Seiten des Staats, und occupatio von seiner Seite, gleichsam eine Wiederholung der Eroberung im Einzelnen.[b])

Fragen wir nun nach dem Einfluß des quiritischen Rechtsbewußtseins, so war dieses, bei dem unmittelbaren Zusammenhang des Landes mit dem Staat, nicht mächtig genug, diesen Besitz gegen die Anforderungen des politischen Rechts in Eigenthum zu verwandeln. Aber es gab dem Besitz einen religiösen Schutz;[c]) darauf bezieht sich die Eintheilung in pagi und montes, welche Numa zugeschrieben wird,[d]) und die Einführung der sacra pro montibus et pagis. Der Grundbesitz erhielt dadurch eine Sicherheit, die nur nicht den populus selbst an der Wiedereinziehung hinderte. Erst als der Staat Bewohner erhielt, die nicht Glieder des Populus waren (§ 43), konnte das quiritische Recht Grundeigenthum Einzelner schaffen.

Bei den beweglichen Gütern könnte es allzu natürlich erscheinen, sie im fortdauernden Eigenthum des Staats zu denken, so daß man sich deshalb veranlaßt finden könnte, hier sofort, schon nach dem System des populus romanus, ein Privateigenthum anzunehmen. Dagegen ist zu erinnern, daß niemand es anstößig findet, wenn Kriegsmaterial, selbst das, welches der Einzelne führt, und vielleicht sogar stets in tauglichem Stand halten muß, als Eigenthum des Staats betrachtet würde. Einem von militärischem Bewußtsein ganz erfüllten Stamm, wie es die Ramnes waren, wird alle bewegliche Habe in jener Beziehung, sei sie eine unmittelbare oder mittelbare, erscheinen, wie wir uns sehr wohl vorstellen können, daß in einer auf Krieg und Raub gestellten Genossenschaft, so lang dieser Charakter vorherrscht, alles Gut als von der gemeinsamen Bestimmung ergriffen und daher als Gemeingut betrachtet wird. So war bei den ältesten Römern auch das Geld, der allgemeine Werthmesser für die äußeren Güter, eine Sache, die ihre vornehmste Anwendung bei der Bewaffnung fand, das Erz, das in jeder beliebigen Form nach dem Gewicht als Geld gebraucht wird.[e]) Daß man zum Voraus Stücke oder Barren abwog, nach dem Pfund, libra aeris, stammt aus dem quiritischen Princip her, und die Römer werden es daher dem Numa zuerkannt haben. Erst dem Servius Tullius wird die Einführung geprägten Geldes zugeschrieben, in welcher Form die sonstige Bestimmung der Sache, welche als Geld dient, gänzlich zurücktritt. Nach dem Rechtsbewußtsein der Ramnes, wenn wir so das dem quiritischen gegenüberstehende bezeichnen wollen, würde auch an der beweglichen

---

die Patricier keinen ager privatus gehabt hätten. Mir scheint es, für diese alte Zeit, eine Grundwahrheit zu sein.

b) Festus: possessiones appellantur agri late patentes, publici privatique, quia non mancipatione, sed usu tenebantur et ut quisque occupaverat, possidebat. [Publici privatique sind nicht, wie gewöhnlich angenommen wird, zwei verschiedene Classen von Ländereien, sondern der Ausdruck bezeichnet (wie privatus vectigalisque, comprivatus und ähnliche) das gemischte Verhältniß, welches durch den unvordenklichen Besitz (vetustas) der Latifundien entsteht. Rudorff, gromatische Institutionen (Schriften der röm. Feldmesser II, 1852) S. 314 Note 220. R.]

c) Festus: Sabini dicti, ut ait Varro — quod ea gens praecipue colat deos, ἀπὸ τοῦ σέβεσθαι.

d) Dionys. II. 76. Nachher auf die servianische Verfassung übergetragen. Derselbe IV. 15.

e) Aes ist der öffentliche, wie pecunia der privatrechtliche und somit plebejische (§ 43) Ausdruck für Geld. Dort wird die hauptsächlich zur Rüstung gebrauchte Sache, hier das mit dem Landbau verknüpfte Vieh als Basis des Werths gedacht.

Habe ein Staatseigenthum bestanden und neben dem Genuß und Besitz der Einzelnen fortgedauert haben; aber es liegt in der Natur der Dinge, daß, sowie neben das Kriegshandwerk durch die Einnahme fester Wohnsitze das friedliche Gewerbe des Ackerbaues trat, bei einer Reihe von Sachen jene kriegerische Beziehung, die wir als ein Element jener Ansicht erkannt haben, aus dem Bewußtsein sich verlor.[f])

So konnte sich bei den beweglichen Sachen die quiritische Rechtsansicht vollkommen geltend machen, und ein selbständiges Privateigenthum an ihnen schaffen. Selbst die Ansicht, daß dieses Eigenthum vom Staat an den Einzelnen komme, die an sich wohl damit vereinbar war, blieb nur bei gewissen Sachen, die vorzugsweise Gegenstand der Beute waren und gewöhnlich durch Verkauf an die Einzelnen gelangten, lebendig. Sie führte zu einer besonderen Veräußerungsform dieser Sachen, der mancipatio, bei der eine bestimmte Anzahl von Zeugen die Autorität des Volks darstellten, unter welcher die Veräußerung vorgenommen wurde, auch wenn dergleichen Sachen aus der Hand eines einzelnen Bürgers in die des andern gingen. Mit der Beute aber hatte es folgende Bewandtniß. Die meisten der Kriege mit umherliegenden Völkern, welche die Römer fast jährlich wiederkehrend beschäftigten, waren weniger Kriege als Raubzüge und Abwehr solcher. Man fiel in das feindliche Gebiet ein, um Beute zu machen, trieb Menschen und Vieh weg und heim; oft kam es gar nicht zum Gefecht, wenn der Feind nicht schnell genug bei der Hand war; wo es dazu kam, war gewöhnlich mit einer Schlacht der Feldzug dieses Jahres beendigt, der im Ganzen vielleicht wenig Wochen gedauert hatte. So nahm der Krieg in Beziehung auf den Erwerb eine bedeutende Stelle ein. Außer dem Erz bestand die Beute hauptsächlich in Menschen, die dadurch Sclaven wurden, sodann Pferden, Rindern, Eseln, also Zug- und Lastvieh. Kleineres Vieh wegzutreiben, wäre der Regel nach zu beschwerlich gewesen. Die Beute gehörte nicht dem Einzelnen, der sie machte, sonst würde keine militärische Ordnung und Disciplin möglich gewesen sein.[g]) Sie wurde, wenn nicht der Imperator ausdrücklich eine Ausnahme statuirt hatte, zusammengebracht und an die Soldaten vertheilt, oder dem Aerarium bestimmt. Von dieser letzteren ward das Erz sofort in den Staatsschatz gelegt, die übrigen Gegenstände, also Menschen, Zug- und Lastvieh, durch Verkauf zu Geld gemacht. Dieser Verkauf geschah ohne Zweifel öffentlich und vor der Volksversammlung, vor dem populus, der sein Eigenthum veräußerte; zum Zeichen des Ursprungs der Güter war ein Speer aufgesteckt. Die Beute hieß

---

f) Nach der Behauptung Göttling's (a. a. O. S. 11): der „sabinische oder samnitische Stamm" sei der kriegerischste des ganzen Italiens gewesen (wofür er Cic. pro Ligar. 11 anführt: fortissimos viros, Sabinos, tibique probatissimos, totumque agrum sabinum, florem Italiae ac robur rei publicae), könnte man einen ganz andern als den im Text vorausgesetzten Einfluß des sabinischen Elements erwarten, wenn man sich überdieß der Neigung hingäbe, vor der oben gewarnt worden ist (§ 38 Note f). Dieser Consequenz würde freilich die Sage von dem friedlichen Numa, und die Bedeutung des „Quiritischen" in der römischen Sprache sofort entschieden widersprechen. Aber jene Behauptung selbst ist wohl zu allgemein. Richtiger sagt Niebuhr (I S. 107): „sonst sind wenige Nationen in ihren Stämmen sich so unähnlich gewesen, wie dieses große Volk: die Samniter, Marser und Peligner kriegslustig — — die Sabiner fromm und gerecht"—. Gewiß waren die Sabiner ein tapferer Volksstamm, aber ihre Tapferkeit war der stetig-nachhaltigen Art, wie sie einem Landbau und Viehzucht treibenden, verfeinerten Bedürfnissen fremden (Varro de L. L. V. 107) Volk zukommt. Die beiden quiritischen Könige, Numa und Ancus, bringen fern er mter den beiden ramnischen vernachlässigten Ackerbau empor, Dionys. II. 76. III. 36.

e) Li Vgl. Hugo Grotius de iure belli et pacis III. 6 § 10 ff., wo die Quellenzeug-

a) Huschmelt sind.

in der alten Sprache wahrscheinlich mancipium, daher wurden jene Sachen res mancipii genannt. Der Käufer ließ das Geld zuwägen, und wurde durch Ergreifen der Sache, eine Wiederholung des ursprünglichen Erwerbs, Eigenthümer. Dieß also sind die Sachen, bei denen, wie oben bemerkt, auch im Fall einer Veräußerung unter Einzelnen, dieselbe Handlung, mancipium oder mancipatio, nur nicht vor dem Volk, sondern vor Zeugen, die es vertraten, vorgenommen ward. Jener Erwerb aus der Beute war durch seine Sicherheit ausgezeichnet, das Eigenthum des veräußernden Staats unterlag keinem Zweifel, der Erwerber war seiner Sache vollkommen gewiß;[h] die Zeugen bei der Privatmancipation garantirten allerdings nicht das Eigenthum des Veräußerers, aber einige factische Sicherheit lag doch darin, daß eine solche Anzahl von Personen kein Bedenken fand, dieser Handlung beizuwohnen und sie dadurch zu autorisiren.

Das Mancipium gab auch die Form für die Verpflichtungen, die bei Gelegenheit der Mancipation einer Sache übernommen werden konnten, wodurch z. B. der Veräußerer die Haftung dafür, daß er wirklicher Eigenthümer sei, oder der Empfänger die Rückgabe der Sache unter gewissen Umständen versprach. Sollte aber außerdem eine Verbindlichkeit übernommen werden, durch ein Versprechen, welches sich nicht mit einer Mancipation verknüpft, so mag diese Verpflichtung nach ältestem Recht unmittelbar unter heilige Garantie gestellt worden sein, durch ein sacramentum, wodurch sich der Schuldner zu einer Strafe für den Fall der Nichtleistung verpflichtete, und, wenn man will, kann man damit den Schwur beim Hercules, und die Nachricht des Dionysius in Verbindung bringen: die sich recht fest verpflichten wollten, pflegten bei der Ara Maxima des Hercules eidliche Verträge zu schließen.[i]

XLI. Wenn bisher gezeigt worden ist, inwieweit das rein politische Princip, nach dessen lauterer Consequenz der Einzelne im Ganzen aufgegangen wäre, durch das quiritische Recht modificirt und der Weg zu einem, für jetzt freilich von dem öffentlichen durchaus beherrschten und beschränkten Privatrecht gebahnt worden ist, so ist nun noch übrig, die Gestalt der öffentlichen Dinge selbst zu betrachten, und das eigentliche Gebiet des öffentlichen Rechts zu betreten.

---

h) Gaius IV. 16: maxima sua esse credebant, quae ex hostibus cepissent. [Der hier aufgestellten Verbindung der mancipatio und des nexum mit der Kriegsbeute stehen folgende Gründe entgegen. Mancupium (vgl. aucupium), mancipium und mancipatio (= manu captio) ist Aneignung einer fremden Sache mittels Ergreifung mit der Hand gegen sofortige Entrichtung des bedungenen Preises, also Baarkauf, Zug um Zug. Die sofortige Gegenleistung soll den Verdacht widerrechtlicher Aneignung ausschließen, ohne sie oder was ihr gleich steht geht daher nach den 12 Tafeln kein Eigenthum über. Wage und libripens verbürgen die Vollständigkeit und Richtigkeit der Valuta. Die Publicität ist der Klagbarkeit wegen nothwendig, aus Privatacten entspringt nach altem Recht keine actio, Consensualverträge gehören erst dem späteren Juristenrecht an (Cic. top. 17 § 65. 66). Die Vereinfachung durch 5 Repräsentanten der Classen ist eine servianische Einrichtung, welche die 12 Tafeln bestätigen: Fr. Vat. 50. In frühester Zeit mußte sogar ein processualischer Vertrag, die in iure cessio, aushelfen, der aber nicht einmal wie die Mancipation (Cic. ad Att. 13, 50) Stellvertretung durch Sclaven zuließ und daher durch diese bequemere Form verdrängt wurde. Andererseits war letztere wieder ursprünglich auf bewegliche Sachen, Sclaven und Thiere (familia pecuniaque) beschränkt, weil nur hier eine manu captio denkbar war. Sie wurde indeß später auf Grundstücke und ländliche Servituten erweitert. Bei städtischen blieb die in iure cessio, da hier der Prätor oder Municipalmagistrat in der Nähe war. Alle diese Bestimmungen gehören dem Verkehr, nicht dem Kriegsrechte an. R.]

i) Dionys. I. 40. Vgl. Klenze, Grundriß der Geschichte des R. R. S. 15. [Vgl. Danz, der sacrale Schutz (1857) S. 102 ff.]

Als thätiges Glied des politischen Organismus finden wir vor allem eine Volksversammlung nach den Curien oder Geschlechtern, comitia curiata,[a]) sie stellte den gesammten Staat dar. Es kommt für diese Versammlungen auch die Bezeichnung calata comitia vor, insofern sie für gewisse Angelegenheiten berufen werden; dieser Name ist ihnen eben deshalb nicht eigenthümlich, er wird unter gleichen Umständen auch von andern Comitien gebraucht.[b]) Die Volksversammlung wird von den sämmtlichen Hausvätern aller Gentes gebildet, darum heißen die stimmfähigen Bürger patres.[c])// Dieser Thätigkeit des gesammten Populus im Innern fügt sich die nach Außen an: die Eintheilung des Heers, der celeres, die in drei centuriae mit jenen Namen eingetheilt sind. Celeres oder Ritter ist der Name für das ganze Heer,[d]) weil in der Reiterei bei der damaligen Kriegführung und dem oben erwähnten Zweck der meisten Kriege die vornehmste Stärke lag, dem Schnellen ward der Sieg, dem es bei jenen Feldzügen galt. Centuriae bedeuten Mannschaften von hundert,[e]) so kam daher auf jedes Geschlecht ein Mann. Wem dieß eine zu geringe Zahl dünken möchte, der muß erwägen, daß die Zahl immer vollständig erhalten werden mußte, also eine bedeutende Reserve voraussetzte, welche mit auszog,[f]) so daß jene dreihundert nur die Spitze eines bei bedeutenderen Kriegszügen beträchtlichen Heeres bildeten, an welches sich überdieß das aus einer andern, unten (§ 42) zu erwähnenden Classe von Einwohnern gebildete Fußvolk anschloß.

Während die Thätigkeit des Volks nach Außen, der Heerdienst, auf die Jüngeren fiel, bildeten die Alten im Innern noch eine besondere Versammlung, einen Rath für die gesammte Verwaltung der politischen Angelegenheiten,[g]) den senatus. Wie die Comitien durch die Familienhäupter (patres familiarum), so wurde der Senat durch die Geschlechtshäupter (patres gentium) gebildet, er bestand also vor der Vereinigung mit den Quiriten aus hundert Senatoren, denn nur die Geschlechter der Ramnes, nicht die der Luceres (die minores gentes) hatten dieses Recht. Nach der Vereinigung kamen hundert aus den Tities hinzu, da auch diese als maiores gentes galten. Nur scheint den Ramnes der Vorzug geblieben zu sein, daß die zehn ersten ihrer Geschlechter die decem primi des Senats stellten, unter denen die Regierung während eines Interregnums wechselte.

---

a) Laelius Felix bei Gell. XV. 27: quum ex generibus hominum suffragium feratur, curiata comitia esse, quum ex censu et aetate, centuriata, quum ex regionibus et locis, tributa. Vgl. Huschke, Verfassung des Servius S. 29 Note 8. *b*) Gell. l. c.

c) Hätten die Söhne beim Leben des Vaters in den Curiatcomitien mitgestimmt, worüber wir keine Nachricht haben, so würde dieß so viel geheißen haben, als einem Hausvater so viele Stimmen zuzulegen, als er Söhne hatte. Eher könnten die Senatoren das Recht gehabt haben, durch ihre Söhne in den Comitien zu stimmen.

d) Huschke a. a. O. S. 28. [Die neueren Untersuchungen über die Ritter (Zumpt, Abh. der Berl. Acad. 1839. Marquardt, hist. equitum. rom. lib. IV. 1840 u. a.) sind wenigstens zu einem vorläufigen Abschluß gebracht worden durch die besonnene Untersuchung und anschauliche Darstellung von K. Niemeyer, de equit. rom. comm. historica 1851. R.]

e) Huschke a. a. O. S. 107.

f) Vielleicht war der Name für diese Reserve trossuli, von dem die Römer erzählten, die equites hätten ihn von einer Stadt erhalten, welche die Reiterei ohne Hülfe des Fußvolks eingenommen habe. Plin. hist. nat. XXXIII. 9.

g) Macrob. Sat. I. 12: Nam Fulvius Nobilior in fastis, quos in aede Herculis Musarum posuit, Romulum dicit, postquam populum in maiores iunioresque divisit, ut altera pars consilio, altera armis rempublicam tueretur, in honorem utriusque partis hunc Maium, sequentem Junium mensem vocasse.

Senat und Volk wählten einen höchsten lebenslänglichen Magistrat, den rex, in dessen Hände die executive Gewalt gelegt ward. Die Wahl geschah so, daß der Senat den König ernannte oder vorschlug, die Comitien ihn annahmen, populus regem esse iussit, worauf dann in zweiten, unter seinem eigenen Vorsitz gehaltenen Comitien die factische Gewalt durch eine lex de imperio in eine rechtliche, in ein iustum imperium verwandelt ward.[h]) Der König ward abwechselnd aus den Ramnes (Romulus, Tullus) und aus den Tities (Numa, Ancus) gewählt. Die Gewalt des Königs umfaßte die Leitung des Staats im Aeußeren und Inneren, im Krieg und im Frieden; für den ersten Zweig seines Regiments war ihm der tribunus celerum, Anführer des Heers, zugeordnet, der von ihm ernannt ward, für den zweiten der custos urbis, der Vertreter des Königs, wenn er im Felde war, und von dem König aus den decem primi des Senats ernannt.[i])

Ueber das Verhältniß des Volks, Senats und Königs, und besonders die Stellung des letzteren sind die Ansichten verschieden. Als die herrschende Ansicht darf seit Niebuhr betrachtet werden, daß die Verfassung eine republikanische, daß die Gewalt des Königs, wie bedeutend sie auch theils rechtlich, theils factisch durch ihre lebenslängliche Dauer gewesen ist, von der, welche nachher die jährlichen Consuln besaßen, nicht wesentlich verschieden war.[k]) Daß bei dem populus die höchste Gewalt war, von welcher jede andere sich ableitete, geht aus allen beglaubigten Nachrichten über die einzelnen Punkte der Verfassung hervor, und würde schon dadurch allein erhärtet werden, daß die Vertreibung der Könige, und die Einsetzung jährlicher Consuln an ihrer Statt durchaus nicht als ein Umsturz der bisherigen Verfassung erscheint, so wenig als später die Wiedereinführung des Consulats an die Stelle der Decemvirn.[l]) Früher war es gewöhnlich, die Verfassung unter den Königen für eine Monarchie zu halten, und diese Vorstellung hat neuerdings ein Gelehrter durch ausführliche und kenntnißreiche Untersuchungen wieder einzuführen versucht.[m]) Er beruft sich zu diesem Behuf besonders auf die religiöse Sanction und die priesterliche Seite des Königthums, indem er glaubt, daß dadurch die königliche Gewalt eine andere Quelle, als den Willen des populus erhalte. Aber das religiöse Element war dem altrömischen Bewußtsein nicht das höhere gegenüber dem politischen, sondern diesem untergeben; so war denn auch der religiöse Schutz der geringere, der den Personen und Verhältnissen ertheilt ward, deren politische Stellung eine mangelhafte war. Daher läßt sich wohl denken, daß das Königthum jene religiöse Sanction bei dem ersten quiritischen König, dem aus den Tities gewählten, erhielt, der gegenüber den celsi Ramnes einer solchen Hülfe wohl bedurfte. Derselbe Gelehrte führt auch an, daß, wenn die alten Schriftsteller die königliche Gewalt sehr hoch stellen und als eine monarchische beschreiben (in gewissem Sinn war sie es freilich, da der König der einzige höchste Magistrat war), sie gerade hierin unbedingten Glauben verdienten, da sie, in republikanischer Zeit lebend, damit etwas dem gegenwärtigen Bewußtsein fremdes behaupten, während umgekehrt, wenn sie die älteste Verfassung

---

h) Cic. de republ. I. 13. 17. 18. u. a. Vgl. Huschke a. a. O. S. 407 f. [Gegen die Ernennung durch Senat und Comitien: Mommsen röm. Staatsrecht II (1877) S. 6 ff.]

i) Walter Gesch. des R. R. S. 24.

k) Cic. de republ. II. 32: uti consules potestatem haberent tempore duntaxat annuam, genere ipso ac iure regiam. [Mommsen a. a. O. S. 10 ff.]

l) [Dagegen Mommsen a. a. O. S. 13.]

m) Rubino Untersuchungen üb. röm. Verfassung u. Gesch. 1. Th. 1839.

als eine republikanische darstellten, durch die Möglichkeit einer irrigen Uebertragung von Vorstellungen ihrer Zeit auf die frühere ein Mißtrauen begründet wäre. Aber dieß ist nur ein Schein. Eine tiefer gehende Kritik wird finden, daß jene Schriftsteller, indem sie alte, längst vergangene Dinge darzustellen suchen, eine natürliche Neigung empfanden, ihnen eine von denen der Gegenwart möglichst abweichende Gestalt, vornehmlich in gewissen am meisten hervortretenden Punkten, zu geben, wie das Volk in seinen Sagen die Vorzeit mit ungeheuerlichen, von denen der Gegenwart möglichst verschiedenen Gestalten bevölkert, oder wie die Verfasser historischer Romane, wie sehr sie auch ihr Ungeschick zur Modernisirung der Gefühle und Leidenschaften ihrer Helden treibt, doch niemals verfehlen, das Aeußerliche wenigstens dadurch vorzeitmäßig zu färben, daß sie ihm einen für die Gegenwart möglichst fremdartigen Anstrich geben.

Der Senat war ohne Zweifel das activ bedeutendste Glied der Verfassung, in ihm concentrirten die höheren Geschlechter ihre Macht, die sie in den Comitien mit den minderen theilten, und die Ramnes bewahrten sich in ihm ihren Vorrang vor den Tities, was für sie vor allem dann von Wichtigkeit war, wenn der König aus den letzteren kam. Allerdings hatte der populus die höchste Gewalt, sein Befehl war das Gesetz, aber um diese potestas populi in Thätigkeit zu setzen, bedurfte es der auctoritas des Senats, ohne welche jene nichts vermochte. Diese Gewähr des Senats ist theoretisch nicht als das höhere gegenüber dem iussus populi zu betrachten, vielmehr ist das Verhältniß das umgekehrte, praktisch aber hatte der Senat durch die nothwendige Initiative die größere politische Bedeutung, die dem Agens vor der zu bewegenden Kraft zukommt. Die Comitien hatten den Beschluß über Krieg und Frieden, die Gesetzgebung, die Magistratswahl, und die Wahl der Senatoren selbst,[n]) aber in allen diesen Punkten hatten sie die Vorschläge des Senats zu gewärtigen, die sie verwerfen, aber denen sie nicht andere substituiren konnten.[o])

Von den Functionen des Königs ist die richterliche die, welche für uns das vornehmste Interesse hat.[p]) Nach dem ramnischen Princip waren es nur öffentliche Rechte, die zur richterlichen Beurtheilung und Entscheidung kamen, und wir haben keinen Grund anzunehmen, daß der Weg ihrer Verhandlung ein anderer war, als bei allen öffentlichen Angelegenheiten. Die Comitien, an welche die Sache durch den König gebracht wurde, hatten die letzte Entscheidung. Dahin gehörten alle Fälle, wo es sich de capite civis, d. h. um die rechtliche Existenz des selbständigen Bürgers, die eben nach jenem Princip

---

n) Huschke a. a. O. S. 712.

o) Dionys. VII. 38. IX. 41. Huschke (a. a. O. S. 403 ff.) denkt sich unter der auctoritas senatus etwas nothwendig erst noch hinzukommendes und unterscheidet sie dadurch von dem Senatusconsult, durch welches der Antrag an das Volk beschlossen worden, wie ja auch die auctoritas tutoris erst zu der von dem Pupillen vorgenommenen Handlung hinzutrete. Aber die natürliche Bedeutung der auctoritas geht vielmehr auf ein künftiges Handeln (auctor fio ut negotium geratur), und auch der Tutor interponirte, so lange es mit der Form streng genommen wurde, die Auctoritas nicht nach, sondern vor der Handlung des Pupillen, nur stets bei dem Geschäft selbst, ja darum eben wird das Wort interponere dafür gebraucht. So nun geht auch die auctoritas des Senats vorher, und sie unterscheidet sich von andern Senatsbeschlüssen nur durch die unmittelbare Beziehung auf einen Volksbeschluß (s. noch unten § 75); die später vorkommende nachfolgende auctoritas (§ 59) ist eine Anomalie, welche Dionysius an einer Stelle (II. 14.), wie es ihm nicht ungewöhnlich ist, gleich in die älteste Zeit hinaufrückt. [Vgl. jetzt Mommsen römische Forschungen I S. 233 f.]

p) [Wegen der priesterlichen Functionen vgl. Ambrosch Studien und Andeutungen im Gebiete des altröm. Bodens und Cultus 1839. S. 1—41. 158. Mommsen röm. Staatsrecht II S. 11.]

durchaus nur eine politische war, handelte. Als Verbrechen, perduellio, galt nur die Handlung, der eine unmittelbare Richtung gegen den Staat beigelegt werden konnte, sei es gegen den Staat im Ganzen oder gegen seine Glieder als solche. Duumviri perduellionis unter dem Vorsitz des Königs untersuchten, dieses Gericht sprach ein Urtheil, das aber nur dann ein definitives war, wenn der Angeklagte sich dabei beruhigte, provocirte er, so hatte es nur die Wirkung einer Versetzung in den Anklagestand, und die Comitien richteten.[q]) Diesem Verbrechen fügte das quiritische Recht das parricidium hinzu, für dessen Untersuchung zwei quaestores parricidii bestimmt wurden.[r]) Wie perduellio die Verletzung dessen ist, was das politische Recht garantirt, so parricidium der Bruch des religiösen Schutzes, der heiligen Ordnung;[s]) dieser Schutz erstreckte sich weiter als der politische, auch auf das Leben derer, die noch keine selbständige Berechtigung im Staat hatten. Natürlich hatte auch hier der Verurtheilte, wenn er ein politisch berechtigter Bürger war, die Provocation an die Comitien, er konnte den Schutz derselben anrufen; diesen Charakter hatte hier die Provocation. Indem aber das quiritische Recht, wie oben bemerkt worden ist, die innere rechtliche Ordnung der Familien bestimmte, übergab es zugleich dem Hausvater das Gericht über die seiner Gewalt Unterworfenen, mit der Anforderung, daß er einen Familienrath beiziehe, wenn auch ohne ihn an dessen Zustimmung zu binden.[t]) Diese Zuziehung eines Consiliums forderte auch bei dem Gericht des Vaters über die Söhne das quiritische Recht, Romulus verlangte nur, daß die Tödtung eines Kindes unter drei Jahren nicht geschehe, wenn nicht durch ein Consilium von fünf Nachbarn seine körperliche Unvollkommenheit und Untauglichkeit für die Zwecke des Staats constatirt wäre.[u])

Die Richter aber in allen Rechtssachen, welche unter den religiösen Schutz gestellt waren, sind die Pontifices,[v]) und an ihrer Spitze der König als pontifex maximus.[w]) Das gesammte Recht war theils reines ius publicum (ius populi romani), theils ius sacrum, und dieses letztere enthielt die Modificationen des ersteren durch das ius quiritium. Das ius sacrum war die Form,

---

q) Liv. I. 26. Horatius mußte nach dem ramnischen Princip freigesprochen werden, die Tödtung seiner Schwester war keine perduellio.

r) Sie werden daher dem Numa zugeschrieben; die Meinung, daß Romulus sie eingeführt habe, L. un. pr. D. de off. quaest. (1, 13), beruhte auf einer Verwechselung mit den duumviri perduellionis.

s) Cic. de legib. II. 9 (ohne Zweifel aus alter Quelle): Sacrum sacrove commendatum qui clepsit rapsitque parricida esto.

t) Gericht über die Frauen Dionys. II. 25. Tac. annal. XIII. 32. u. A., über die Kinder Liv. I. 26. Valer. Max. V. 8, 2.

u) Dionys. II. 15. Dem Servius wird ein Gesetz zugeschrieben, wonach der Sohn, der sich gegen den Vater vergangen, dem öffentlichen Gericht anheimfallen sollte (d. h. also, es sollte das Vergehen parricidium sein), wenn der Vater diesem die Bestrafung überlassen wollte, und es dazu aufforderte (si plorassit), Festus v. plorare: si parentem puer verberit, ast olle plorassit, puer divis parentum sacer esto. — Erst gegen das Ende der Republik wurde der Verwandtenmord (parricidium in spätern Sinn) dem Hausgericht entzogen, und schlechthin dem öffentlichen zugewiesen. Diesen Sinn hat es, wenn die lex pompeia de parricidiis verfügt, der Thäter soll nach der lex cornelia de sicariis gerichtet werden.

v) Dionysius sagt (II. 73): δικάζουσιν οὗτοι τὰς ἱερὰς δίκας ἁπάσας, ohne freilich wohl den Umfang dieses durch seine Quellen veranlaßten Ausdrucks für die älteste Zeit zu kennen. Vgl. auch Or. de harusp. resp. 7.

w) Plutarch. Numa 9. Paul. Diac. ex Festo: Maximus pontifex dicitur, quod maximus rerum, quae ad sacra et religiones pertinent, iudex sit, vindexque contumaciae privatorum magistratuumque. Hier mag auch erinnert werden, daß multa von Varro als ein sabinisches Wort bezeichnet wird (§ 39 N. c); das Institut gehört also dem sabinischen Element des römischen Volks an.

welche das Privatrecht annahm, und in welcher es ein Dasein gegen die absorbirende Macht des ius publicum, obwohl ein untergeordnetes erhielt. So waren jene quaestores parricidii ohne Zweifel Pontifices; die Pontifen waren ferner Richter in allen den Familienrechtsverhältnissen und Vermögensinstituten, die oben aus dem quiritischen Recht abgeleitet worden sind, und die in dieser ältesten Zeit ihre wirksame Existenz der Einfügung unter die res quae ad sacra et religiones pertinent verdankten.[x])

Dadurch erhält erst die vielfach bestätigte Nachricht ihren vollen Gehalt, daß die Pontifices die Bewahrer des Rechts waren: omnium tamen harum (legum) et interpretandi scientia et actiones apud collegium pontificium erant, ex quibus constituebatur, quis quoquo anno praeesset privatis.[y]) Dieß wird von einer Zeit erzählt, wo das Privatrecht von dem öffentlichen schon getrennt, wo es nicht mehr ius sacrum war, sondern nur noch durch einzelne Fäden mit ihm zusammenhing, viel vollständiger hat es in der Zeit gegolten, von welcher wir jetzt sprechen. In dem Gefühl der ursprünglichen Bestimmung des Pontificats pflegte der alte Scävola zu sagen: pontificem bonum neminem esse nisi qui ius civile cognosset,[z]) wozu Cicero die Einschränkung nothwendig findet: quod cum religione coniunctum est, eine Einschränkung, die für die älteste Zeit keine war.[aa])

XLII. Die Personen, deren Rechtszustände bisher auseinander gesetzt worden sind, waren die Bürger, deren Gesammtheit der Ausdruck populus romanus quirites bezeichnet, und deren rechtliche Stellung wesentlich eine politische war. Es sind die patres, die zu einer Gens gehören, dieß ist daher der Name, der ihre Stellung in der Verfassung angiebt. An sie schließen sich die ihrer Familiengewalt Unterworfenen an, deren männlicher Theil von dem weiblichen sich darin unterscheidet, daß dem letzteren die politische Stellung auch als Möglichkeit versagt ist, während die Söhne patres werden, ja schon jetzt an der Thätigkeit der Republik nach Außen, als Glieder des Heers, Theil nehmen können. Diese Söhne heißen patricii;[a]) als die ausschließliche

---

x) Für die Familienverhältnisse wird dies unmittelbar durch die Mitwirkung der Pontifen bei Arrogation und Eheschließung bestätigt. [In dieser Annahme eines allgemeinen pontifizischen Richteramts geht der Verf. zu weit, der König ist erster Priester, aber nicht pontifex maximus. (Festus v. ordo sacerdotum.) Der iudex und arbiter der 12 Tafeln ist kein Pontifex. In Grenzsachen richten die fratres arvales, und die Confarreation beweist noch keinen Antheil an der Rechtspflege. R.]

y) Pompon. L. 2 § 6 D. de orig. iur. (1, 2). [Aehnliche Versuche, diese Stelle für ein Richteramt der pontifices in Civilprocessen und directe Einwirkung derselben auf die Entwicklung des Privatrechts zu verwerthen, enthalten Ihering Geist des röm. Rechts I § 18 a (vgl. II § 42), Karlowa der Röm. Civilproceß zur Zeit der Legisactionen. S. 21 ff., Leist Civilistische Studien IV (1877) S. 84. Vgl. dagegen Mommsen Staatsrecht II S. 33 ff.]

z) Cic. de leg. II. 19. Cicero selbst ist der Meinung, die Kenntniß des ius civile sei dem ius pontificium eher schädlich gewesen, ibid. 21. pro Mur. 12.

aa) Ueber die obigen Verhältnisse, soweit sie die Strafrechtspflege betreffen, ist jetzt zu vergleichen Geib Gesch. des röm. Criminalprozesses 1842.

a) Liv. I. 8: patres certe ab honore (Livius spricht freilich von den Senatoren), patriciique progenies eorum appellati. Von der spielenden Ableitung: qui patrem ciere possunt macht Livius (X. 3) den allein passenden Gebrauch, indem er den Plebejer Decius gegen seine Gegner sagen läßt: en umquam fando audistis patricios primo esse factos non de coelo demissos, sed qui patrem ciere possent, id est, nihil ultra quam ingenuos? Consulem iam patrem ciere possum, avumque iam poterit filius meus. Diese Bedeutung kann in die Sache gelegt werden, aber sie liegt nicht im Wort, so wenig als Fabricius der genannt wurde, welcher fabrum ciere poterat. Dionysius, der es immer mit den Verkleinerern des römischen

Stellung jener patres später aufhörte, und sie mit dem Gelangen der Plebs zu politischen Rechten nur eines der beiden Elemente des Staats wurden, das seine vornehmste Kraft im Senat hatte, wurde der Name der Patricier der allgemeine für die der Plebs gegenüberstehenden Bürger, und patres ausschließlich für die aus ihnen genommenen Senatoren, für patres gentium gebraucht.

Aber schon in frühester Zeit gab es Bewohner Roms und seines Gebiets, die weder zu den patres noch zu ihren Familien gehörten, und noch nicht Sclaven waren. Die Sage vom Asyl, das Romulus eröffnet habe, deutet an, daß von Anfang zahlreiche Einwanderungen stattfanden; bei den unaufhörlichen Fehden zwischen den kleinen Staaten konnte es nicht fehlen, daß Vielen, namentlich Grenzbewohnern, die in einer unabhängigeren Stellung gegen die verschiedenen Staaten sich befunden hatten, ihre Habe geraubt, ihr Wohnsitz verwüstet wurde, und daß diese, wenn ihre Neigung sie nicht zu einem unstäten Räuberleben trieb, oder dieses allzu unsicher schien, in der Stadt, auf deren Macht sie Vertrauen setzten, ein Unterkommen suchten. Handelsleute ferner, deren Gewerbe die Römer verschmähten und doch nicht entbehren konnten, mögen sich frühzeitig von Außen her ansässig gemacht haben. Wahrscheinlich aber erhielt der römische Staat auch schon bei seinem ersten Anfang auf dem von ihm eingenommenen Land in den früheren, unterjochten Besitzern, indem sie weder zu Bürgern aufgenommen, noch zu Sclaven gemacht wurden, solche freie, aber politisch unberechtigte Bewohner.

Das älteste Recht anerkannte keine Selbständigkeit, die nicht durch eine politische Stellung gewährt ward. Sollten jene Bewohner eine rechtliche Existenz haben, so mußten sie dieselbe dadurch erhalten, daß sie unter das Recht eines Bürgers gethan wurden, welches sie schirmte, gleichwie die Kinder durch die Persönlichkeit des Vaters gedeckt waren. Daher wurden diese Nichtbürger Hörige, Clienten eines Bürgers, der in Beziehung auf sie patronus hieß. Das Verhältniß des Clienten zum Patron knüpft sich nicht an die Familie an, es ist kein Familienverhältniß, sondern an die Gens; der Client ist der Gens seines Patrons zugeordnet.[b]) Darin liegt, daß die Gens Ansprüche an den Clienten durch seinen Patron, ihr Glied, hat; der Patron hat seine Gewalt über den Clienten in seiner öffentlichen Eigenschaft als Bürger, das Recht des Patrons ist durch das ramnische Rechtselement gewährt und garantirt. Damit stimmt überein, daß das Vergehen des Clienten gegen seinen Patron perduellio ist.[c]) Das Recht der Gens und durch diese des Populus an den Clienten ging auf den Kriegsdienst, den diese zu Fuß leisten mußten, und

---

Volks zu thun hat, die er durch seine Geschichte widerlegen will, stellt sich vor (II. 8), diese πρὸς τὸν ἴδιον φθόνον ἀναφέροντες τὸ πρᾶγμα hätten jene Auslegung erfunden: weil der größte Theil des Volks heimathloses Gesindel gewesen sei, so habe es schon für eine Ehre gegolten, seinen Vater nennen zu können. — Eine Analogie für den Ausdruck patricius auch in Beziehung auf den nachherigen allgemeineren und absoluteren Gebrauch, giebt der deutsche: Junghern.

b) Diese Bedeutung hat es, daß die Clienten den Gentilnamen führen und daher Gentilen heißen können, nicht die, daß sie stimmfähige Bürger gewesen wären. Daß sie mit ihren Patronen in den Curiatcomitien gestimmt hätten (Huschke Verf. des Servius S. 29. 84.), scheint mir eine Unmöglichkeit, und wird, wie ich glaube, jedem so scheinen müssen, der sich die damaligen Zustände anschaulich zu machen sucht.

c) Dionys. II. 10: Εἰ δέ τις ἐξελεγχθείη τούτων τι διαπραττόμενος, ἔνοχος ἦν τῷ νόμῳ τῆς προδοσίας, ὃν ἐκύρωσεν ὁ Ῥωμύλος. Daß auch die Verletzung der Patronatspflicht eine perduellio gewesen sei, wie man aus dem beides durch einander mengenden Bericht des Dionysius entnehmen könnte, ist undenkbar.

zwar mag jede Gens zehn Mann gestellt haben, so daß das gesammte Fußvolk 3000 betrug, deren man freilich nur in den wichtigeren Fehden vollständig bedurfte. Dem Clienten aber waren seine Rechte gegen den Patron nur durch religiösen Schutz gewahrt,[d]) der darin bestand, daß dem Verletzten das Recht der Selbsthülfe eingeräumt, dem Verletzer aber der Schutz des Staats gegenüber jenem entzogen wurde.[e]) Diese rechtliche Garantie erstreckt sich übrigens bloß auf das Persönliche des Verhältnisses. Es war nicht ungewöhnlich, daß der Client von dem Patron Grundstücke zum Genuß erhielt; an diesen hatte er kein Recht gegenüber dem Verleiher, so wenig als der Sohn gegenüber dem Vater.[f])

Wenn Dionysius die Entstehung der Clientel und des Patronats so beschreibt, daß Romulus die Armen in die Clientel der Reichen gegeben habe, so liegt dieser Erzählung die Wahrheit zu Grunde, daß das Verhältniß in der Bedürftigkeit (eines Schutzes) seine Quelle hat; das Uebrige dagegen, die Basirung auf den abstracten Unterschied zwischen Armuth und Reichthum, ist durch die Dürftigkeit seiner eigenen politischen Ideen, oder der seiner Gewährsmänner hinzugekommen.[g])

Das plebejische Recht.

XLIII. Zu den bisher erwähnten Elementen des römischen Staats, den patres mit ihren Unterthanen, den Clienten, kam noch ein anderes, welches nicht von Anfang an bestand, dessen Aufnahme auch in der Sage erst einem späteren König, dem Ancus Martius, zugeschrieben wird, und das auch solche Traditionen, die einen älteren Ursprung annahmen, doch nur bis auf Numa, den mythischen Ancus, zurücksetzen. Dieses Element war die plebes, welche später dem populus gegenübersteht, wie früher die quirites dem populus romanus; in ihm hat sich das quiritische Rechtsprincip rein und frei entwickelt, die Aufnahme der Plebs ist der Keim der künftigen Geschichte des römischen Staats.

Kein Begriff ist wichtiger für die richtige Einsicht in die Entwickelung der römischen Verfassung und die Anfänge des römischen Rechts, keiner aber ist mehr durch unrichtige Vorstellungen verdunkelt worden, als der Begriff der Plebs. Aeltere Geschichtsschreiber, wie namentlich Dionysius, und neuere haben geglaubt, die Plebs, der eine so große, andauernde Wirkung in der Geschichte Roms bestimmt war, einfach als den armen, besitzlosen Haufen erklären zu dürfen,[a]) womit sich dann der zweite Irrthum verband, die Plebejer für

---

d) Patronus si clienti fraudem fecerit sacer esto. Servius ad Virgil. Aen. VI. 609 aus den zwölf Tafeln, in die es ohne Zweifel aus dem ältesten Recht aufgenommen worden war.

e) Festus v. sacer: — At homo sacer is est, quem populus iudicavit ob maleficium, neque fas est eum immolari, sed qui occidit, parricidi non damnatur, nam lege tribunicia cavetur: si quis eum, qui eo plebei scito sacer sit, occiderit, parricida ne sit —. Hatte der Populus einen Bürger für sacer erklärt, so war dessen Tödtung auch keine perduellio. [Vgl. Mommsen römische Forschungen I (1864) S. 384.]

f) Festus v. patres: — — atque (ii patres dicti sunt, quia) agrorum partes ad (tribuerant tenuioribus) perinde ac liberis.

g) [Ueber die ältere römische Clientel vgl. jetzt Mommsen römische Forschungen I S. 355 bis 390.]

a) Die „Gemeinen" der englischen Verfassung sind gewiß etwas von der römischen Plebs sehr verschiedenes, aber jene Vorstellung ist nicht entschuldbarer, als wenn ein künftiger Historiker die englischen Gemeinen für das gemeine Volk oder Pöbel, oder wenigstens aus ihm entsprungen hielte.

identisch mit den Clienten zu halten. Wenige Irrthümer widerlegen sich so vollständig durch jeden Zug der späteren Geschichte, als diese, die sich in der That nur durch eine unhistorische Resignation auf die Anknüpfung des Folgenden an das Vorangegangene erhalten und fortpflanzen konnten. Es ist eines der größten Verdienste Niebuhr's um die römische Geschichte, diese Irrthümer beseitigt, und den richtigen Begriff jedenfalls, wie man auch über manchen Theil seiner Ausführung denken möge, in seinen sichern Grundlagen aufgestellt zu haben.

Die Plebs ist entstanden durch die Herbeiziehung angrenzender, namentlich lateinischer Landschaften zum römischen Gebiet, und ihrer Bürger, deren Wohnsitz zerstört worden war, zur Stadt, wo sie leichter in Gehorsam gehalten, an der Wiedererlangung ihrer politischen Selbständigkeit sicherer gehindert werden konnten. Die ersten dieser Hinzukömmlinge erhielten ihren Sitz auf einem außerhalb der damaligen Stadt liegenden, aber an sie (und zwar an die drei Sitze der Tribus, den capitolinischen, palatinischen und cälischen Hügel) grenzenden Ort, welcher darum esquiliae, exquiliae genannt wird;[b]) späteren wurde der Aventinus eingeräumt durch Ancus, der als der eigentliche Stifter der Plebs angesehen wurde,[c]) getrennt von dem exquilinischen durch den cälischen Berg. Diese Bevölkerung bisher selbständiger Städte, auf das römische Gebiet verpflanzt, und zur römischen Plebs geworden, welche rechtliche Stellung erhielt sie?

Vor allem war es unstatthaft, daß diese Plebejer in die bestehende Verfassung eintraten; diese war durch ihre Gründung auf die Gentes und durch die bestimmte Zahl derselben etwas geschlossenes und wenigstens der Aufnahme einer unbestimmten Menge unfähiges.[d]) Den Plebejern politische Rechte zu geben, würde eine Aufhebung und Umänderung der bisherigen Verfassung erfordert haben, wie sie später zu diesem Zweck wirklich geschah, damals aber durch nichts provocirt war. Eben so wenig konnte es thunlich erscheinen, auf diese große Masse neuer Bewohner das Institut der Clientel anzuwenden; die Ramnes, wenn ihre Macht damals noch so weit gereicht hätte, würden es in ihrem Interesse gefunden haben, sich die Plebs unterthänig zu machen, und nach dem ramnischen Recht war dieß sogar der einzige Weg, über die Hinzukömmlinge zu verfügen, aber die Quiriten hätten diese neue Emporhebung und Verstärkung des ramnischen Einflusses nimmer zugegeben. Dem quiritischen Princip vielmehr fiel die Bestimmung der plebejischen Stellung, wie sie unter den gegebenen Verhältnissen möglich war, anheim, der quiritische Ancus ordnete sie.

Die eroberten Landstriche, deren bisherige Eigenthümer nach Rom gezogen wurden und die hier die Plebs bildeten, waren durch Eroberung ager publicus populi romani geworden. Wie darüber nach dem altrömischen Recht zu verfügen war, ist oben ausgeführt worden (§ 40). Was dem ein-

---

b) Daher die Bewohner exquilini im Gegensatz zu den Bürgern der Stadt: inquilini, s. Huschke Verf. des Servius S. 59 f. [Vergl. jedoch Jordan Topographie I (1878) S. 183.]

c) Die Plebs ist das Volk des Ancus im Gegensatz zu dem des Romulus. Niebuhr I. S. 393 f. (der 3. Ausg.) Catull. 34: Romulique Ancique gentem.

d) Daß sie in den Curien mitgestimmt hätten, ist von Niebuhr vollständig widerlegt worden. [Vgl. jetzt gegen Niebuhr Mommsen röm. Forschungen. I S. 140 ff.] Wie es gekommen ist, daß später, nachdem die politische Bedeutung der Curien aufgehört hatte, jeder Bürger an eine gewisse Curie gewiesen war (Ovid. fast. II 527 ff. — stultaque pars populi, quae sit sua curia, nescit), gehört nicht hierher. — Inwieweit die bisherige Verfassung eine Aufnahme neuer Geschlechter zuließ, wird noch unten zu erwähnen sein (§ 46).

zelnen Bürger davon zukam, erhielt er zum Besitz und Genuß, der populus übte sein Eigenthum durch seine Bürger aus. Wie die Personen derselben Theile des populus, so war ihr Grundbesitz Theil des ager populi. Bei den Plebejern aber handelte es sich um Personen, die nicht Theile des populus waren, wie der Grundbesitz der Patricier damals nur, so konnte der ihrige nicht ager populi, er mußte Privateigenthum sein. Wie der Plebejer außerhalb des populus, des Staats, wie er außerhalb der Stadt war, und Vorstädte oder das Land bewohnte, so war sein Grundbesitz vom ager publicus ausgeschieden, das Land mußte aufhören, ager publicus zu sein, es mußte ager privatus werden, um in die Hände eines Plebejers als solchen, einer persona privata zu kommen. Jene Ausscheidung geschah durch assignatio an die Einzelnen, welcher eine Vermessung und Limitation durch finitores (früher Augurn, später besondere Agrimensoren) vorausging. Durch (körperliche) Linien, limites, wurde das zu vermessende Land in Vierecke von einem gewissen Maß, centuriae (hundert Lose von zwei iugera) getheilt, und hiernach jedem Einzelnen das ihm bestimmte Theil zugewiesen.[e]) So hatte das ramnische Rechtsprincip auf dieses Rechtsverhältniß der Plebejer zu dem Grund und Boden nur den Einfluß, daß ihr Eigenthum als vom Staat ausgegangen und gegeben betrachtet wurde, woran sich zugleich die Verpflichtung dieser Grundeigenthümer zu öffentlichen Leistungen knüpfte. Diese bestanden vor allem in Kräften, nämlich im Militärdienst, den die Plebs zu Fuß leistete, sodann in der Steuer, tributum, welche recht eigentlich eine plebejische Pflicht ist.[f])

XLIV. In der Plebs erhielt das ius quiritium seine vollständige Entwickelung; was diese voraussetzte, den Begriff der Privatperson, das war durch die Aufnahme der Plebejer gegeben. Von hier an datirt sich die Bildung eines selbständigen Privatrechts neben dem ius publicum, in welcher es den Römern bestimmt war, etwas hervorzubringen, was den römischen Volksnamen in der Zeit weit überdauern, im Raum weit überschreiten sollte. Alles, was oben als reine Wirkung des quiritischen Elements auf das Recht dargestellt worden ist, ging auf die Plebs über, ja es fand in ihr seine festeste Wurzel und seine reinste Gestaltung, in der es nach der unter den drei letzten Königen eingetretenen Verfassungsänderung auf die Patricier zurückwirkte.

Die Plebs erhielt alle quiritischen Vermögensrechte, alles, was durch Mancipation zu erwerben war, konnte der Plebejer erwerben. Auch der Familienrechte war sie theilhaftig, nur mit Ausnahme ihrer publicistischen Seiten, also der Punkte, wodurch die Familie sich an den populus anknüpfte. Die plebejische Ehe war auch mit der Manus des Manns über die Frau verknüpft, aber sie entstand nicht durch die confarreatio, sondern die Ehe wurde durch bloßen Privatconsensus geschlossen, und die Manus kam durch einen besonderen, der Mancipation analog gebildeten Act, die coëmtio, oder auch von selbst, wenn die Frau eine gewisse Zeit bei dem Mann gewohnt hatte, hinzu. Connubium konnte zwischen Patriciern und Plebejern nicht bestehen, so lange

---

e) Der Ausdruck Assignation bezieht sich nur auf das Grundeigenthum, nicht auf die bloße possessio, und eben so die Limitation.

f) Paul. Diac. ex Festo: Tributum dictum quia *ex privato in publicum* tribuitur (von der Plebs an den Populus entrichtet wird). Ich lasse dahingestellt, ob Festus das volle Gewicht der Worte seines Autors ex privato in publicum gefaßt hat, sein Epitomator hat sie sicherlich nicht verstanden, sonst würde er das Wort quod, das wahrscheinlich bei Festus stand, nicht in quia verwandelt haben.

die patricische Verfassung auf ihren alten Fundamenten ruhte; als später diese Verfassung modificirt ward, hielt der über seine rechtliche Grundlage hinaus dauernde Corporationsgeist und der Stolz der Patricier die Einführung der Ehen zwischen beiden Ständen noch lange zurück. Die patria potestas über seine Kinder hatte auch der Plebejer, nur konnte er sie nicht durch die auf politischen Beziehungen beruhende Arrogation erwerben, von welcher er auch durch ihre Form ausgeschlossen war. Dagegen ist die Aufhebung der väterlichen Gewalt durch Mancipation plebejisches Recht, der Patricier würde durch eine Emancipation nach der damaligen Verfassung aus der Gens und damit aus dem Populus getreten sein. Mit Hülfe dieser Mancipation konnte denn auch ein Plebejer durch Adoption von der Gewalt seines Vaters in die väterliche Gewalt eines Andern übergehen. Väterliche Gewalt und Manus treten bei den Plebejern in ihrer rein privatrechtlichen Gestalt, namentlich von der Seite ihres Einflusses auf das Vermögen auf, welcher in der Unfähigkeit des Sohns und der Frau, eigenes Vermögen zu haben, und in dem Erwerb des Vaters und Manns durch sie besteht. Clienten konnte ein Plebejer nicht haben, dem widerspricht auch die Beziehung der Clienten auf die Gens, und durch diese auf den Staat; die öffentlichen Pflichten der Clienten hätten nicht durch einen Plebejer vermittelt werden können. Dagegen ist wahrscheinlich die Freilassung der Sclaven und der Patronat über die Freigelassenen plebejisches Recht. Was endlich die Schuldverhältnisse anlangt, so würde das Versprechen bei der Ara Maxima, wenn es überall einen solchen Contract gab (§ 40 a. E.), nicht auf die Plebejer übergegangen sein, wohl aber die Verpflichtung bei der Mancipation. Dagegen war ein eigenthümliches plebejisches Verpflichtungsgeschäft das Nexum, wodurch der Schuldner sich der manus iniectio, wenn er nicht zahlte, und deren unmittelbarer Folge, der Schuldknechtschaft unterwarf, welche dem Gläubiger nach ältestem Recht eine unbeschränkte Disposition über die Person des Schuldners gab. Es ist nicht denkbar, daß ein Patricier, ein Theil des populus, Gegenstand eines solchen Rechts hätte werden können.

Ohne Zweifel wurden auch die Clienten des plebejischen Rechts theilhaftig, und namentlich bei den Ackeranweisungen mit bedacht. Dieß lag im Interesse der Patricier selbst, die dadurch in die Mitte der Plebs die von ihnen persönlich abhängigen Hintersassen brachten, und diesen zugleich eine Wohlthat erzeigten. Vielleicht setzten es die Ramnes durch, welche, da sie die Unabhängigkeit der Plebs nicht verhindern konnten, sie wenigstens dadurch gewissermaßen zu mindern, und die Plebejer zu demüthigen suchten, daß sie ihnen Hörige zu Genossen gaben, in derselben Richtung, wie später der Patricier Appius der Blinde die Libertinen in die Tribus aufnahm.

XLV. Aus dem Bisherigen ergiebt sich, daß wir uns die Plebs als die Masse der freien Landeigenthümer zu denken haben, mit vollkommenen Privatrechten, aber ohne Theilnahme am Staat. Der Gegensatz zwischen Patriciern und Plebejern ist nicht der zwischen Reichen und Armen, auch nicht der zwischen Adel und Nichtadel, denn in der Plebs befand sich die begüterte Nobilität der Städte, deren Bevölkerung zur römischen Plebs geworden war, und schwerlich hatte sie ihre Habe bei dieser Wendung ihres Schicksals gänzlich und allgemein eingebüßt. Eher könnte man den Gegensatz als einen zwischen Stadtbürgern und Landvolk auffassen, von denen die ersteren ausschließlich das Regiment hatten. Da die Plebs der eigentlich politischen Garantien entbehrte, so wurden diese von ihren quiritischen Beschützern durch eine religiöse, die sacrosanctio

ersetzt, die Gesetze, durch welche der Plebs ihre Stellung gewährt wurde, waren leges sacratae: quibus sanctum est, qui quid adversus eas fecerit, sacer alicui deorum sit cum familia pecuniaque.[a])

Im Grund war schon durch diese politisch passive Stellung der Plebs die Einheit der bisherigen Verfassung angetastet und gestört. Neben die ausschließliche Herrschaft des öffentlichen Rechts, in das sich jede Berechtigung einfügen mußte, war ein Privatrecht getreten; gerade die politische Nullität der Plebs, der Umstand, daß den Subjecten dieses Privatrechts keine politischen Rechte zuerkannt wurden, bewirkte seine Isolirung gegen das öffentliche Recht, und gab ihm die Macht einer völligen Selbständigkeit gegen dieses. So entwuchs es selbst dem Band des heiligen Rechts, welches das frühere ius quiritium an das ius publicum knüpfte. Das ius privatum begann bei der Plebs in seiner Reinheit sich zu entwickeln, nachdem auch das sacrum von ihm ab in das öffentliche zurückzutreten angefangen hatte. Diese sich scheidenden Glieder des Rechts nicht etwa in ihre alte Ununterschiedenheit zurückzubringen, sondern durch eine Einheit zu verbinden, die ihre Selbständigkeit nicht aufhob, aber ihr Auseinanderfallen verhütete, mußte die Plebs selbst eine politische Stellung erhalten, die Privatberechtigung mußte in ihr mit einer öffentlichen vereinigt werden.

Dieß war die Aufgabe der Nachfolger des Ancus Martius. Ehe wir aber sehen, wie derselben genügt ward, muß noch erwähnt werden, wie ein neuerer Schriftsteller über die Verfassung den Antheil der verschiedenen Bestandtheile des Volks an ihrer Geschichte auffaßt. Nach Göttling[b]) ist das Familienrecht sabinisch, das öffentliche Recht dagegen „von den politisch höher gebildeten Latinern der Hauptsache nach festgestellt und ausgebildet worden", von den Etruskern komme wenig mehr, als einige äußere Abzeichen der Beamten und der Stände. Dieß letztere lassen wir für jetzt dahin gestellt; was hier näher betrachtet werden soll, ist die Behauptung: „die Latiner sind in der römischen Verfassung das vorwärts schreitende Element, während die Sabiner eigentlich das hemmende sind".

Wir setzen zuvörderst voraus, daß hier von den Urbestandtheilen des römischen Staats die Rede ist. Die Kategorien sodann: vorschreitend und hemmend, sind an und für sich so unbestimmt, daß wir ihnen den Sinn unterlegen könnten, das sabinische Element habe den ausschließlich politischen Trieb der latinischen Ramnes gehemmt, und gegen das alles in sich ziehende Staatsprincip die Berechtigung der Privatverhältnisse geltend gemacht. Dann wäre jene Behauptung nicht unrichtig, in diesem Sinn ist sie aber schwerlich gemeint. Legt man ihr dagegen den gewöhnlich mit jenen Ausdrücken verbundenen Sinn unter, so müssen wir vielleicht umgekehrt sagen, das sabinische Princip steht der späteren Entwickelung um einen Schritt näher als das ramnische, es ist also gegenüber diesem das vorschreitende. Dieß bildete sich im Volksbewußtsein selbst ab, welches in seiner Sage die sabinischen Könige auf die latinischen folgen, und den letzten sabinischen die Plebs aufnehmen läßt, an die sich die Entwickelung der Verfassung vornehmlich anknüpft.

Nun könnte man sich noch darauf berufen, daß ja eben die Plebs in der Hauptsache latinischen Ursprungs war, und daß dadurch jene Behauptung bestätigt werde. Dieß ist aber keineswegs der Fall. Mit der Plebs sind wir

---

a) Festus v. sacratae leges. Vgl. § 42 Note e.
b) Gesch. d. röm. Staatsverf. S. 50.

schon über jene Gegensätze von sabinischem und latinischem Element hinaus in eine neue Phase der Geschichte eingetreten. Die latinische Plebs steht dem ältesten Volk überhaupt gegenüber, nicht einem einzigen Bestandtheil desselben, am allerwenigsten dem sabinischen, dessen Princip ihr gerade vielmehr eine rechtliche Stellung in Rom gegeben hat, die sie unter der Alleinherrschaft des ramnischen nie hätte erhalten können. Nicht vorzugsweise durch ihre Abstammung und durch eine ihr etwa angeborene politische Weisheit hat die Plebs ihren Einfluß auf die Bildung der Verfassung erhalten, sondern durch die eigenthümliche Stellung, die sie erhielt, und durch die Unentbehrlichkeit ihrer öffentlichen Leistungen.[c])

Die drei letzten Könige.

XLVI. Der fünfte König, Tarquinius Priscus, unterbricht die bisherige Abwechselung von ramnischen und quiritischen Königen. Er mag aus dem dritten Stamm, den Luceres, gewesen sein, wenigstens war es diese Tribus, auf die er sich stützte, und der er zu gleichen Rechten mit den beiden andern verhalf. Die Tradition schreibt ihm etruriſche Abkunft zu;[a]) gewiß ist es, daß unter seine und die folgende Regierung der Einfluß des etruskischen Rechts fällt, der in der römischen Verfassung sichtbar, aber mehr als ein äußerlich hinzugetretener, denn als ein ursprünglich ihr innewohnender erscheint.[b])

Vor allem wurden unter seiner Regierung die Geschlechter der Luceres in den Senat aufgenommen, also den zweihundert patres maiorum gentium hundert patres minorum gentium hinzugefügt;[c]) in gleicher Richtung wurde die Zahl der Vestalinnen von vier auf sechs erhöht. Wenn nun hiedurch, wie schon durch sein Gelangen zur Regierung, die Ungleichheit im Innern der alten Verfassung im Wesentlichen beseitigt und, wie es schien, die Kraft derselben gegen das ihr äußerliche Element der Plebs verstärkt war, so wurde doch schon dieser König an die Aufgabe hingedrängt, die Gefahren, welche dem Staat durch die abnorme Stellung der Plebs drohten, zu entfernen.

Das Bedürfniß einer Modification der bisherigen Verfassung zeigt sich, dem Standpunkt des Volks gemäß und unter der Regierung eines Königs, der

---

c) [Jetzt sehen wir aus den spanischen Latinerstadtrechten, daß der Gegensatz der Patricier und Plebejer auf allgemeinen altlatinischen Grundlagen beruhte. Die Patricier entsprechen den latinischen municipes, ihr Rechtsverhältniß beruht ordentlicher Weise auf der Abstammung aus einer bürgerlichen Ehe, weshalb das Bürgerrecht durch origo, der civis durch originarius bezeichnet wird. Die Plebejer sind meistens incolae, ihre Stellung beruht auf dem Domicil (vgl. § 95 L. 7 C. de incolis 10, 40). Dieses war durch die altlatinische Freizügigkeit und das Gastrecht in ausgiebigster Weise gewährt, so daß die incolae zu einer überwiegenden Menge (plebs) anwuchsen, während die Altbürger zu einer Adelskaste zusammenschmolzen. An dem ius suffragii et honorum gewährt der Incolat keinen oder doch nur unbedeutenden Antheil (§ 62 h), aber die incolae tragen die gleichen öffentlichen Lasten (Gromat. vet. p. 52, 17 f.) und genießen daher gleichen Rechtsschutz wie die cives. Die Gleichstellung in den höhern Rechten der Civität erfolgte jedoch erst nach harten Kämpfen, vgl. unter § 57. 58. R.]

a) Wie sie auch den cälischen Berg, den Sitz der Luceres, durch Cälius Vibenna, einen etruskischen Häuptling, und seine Schaar, theils schon unter Romulus, theils erst unter Tarquinius bevölkern läßt.

b) So haben damals die drei Tribus die Namen Ramnes, Tities, Luceres erhalten, die nach Volnius etruskische sind (Varro de L. L. V. 55 Muell.), eine Behauptung, die zuverlässig ist, in der aber durchaus nicht liegt, daß die Tribus selbst eine etruskische Einrichtung waren.

c) Liv. I. 35. Ueber die abweichenden Nachrichten vgl. Huschke Servius S. 40. [Eine Zusammenstellung der patricischen Geschlechter, deren Kreis nun bis auf Cäsar geschlossen blieb, giebt Mommsen röm. Forschungen I S. 69 ff.]

die Macht desselben auf eine ungewöhnliche Weise ausdehnte, hauptsächlich in der Thätigkeit nach Außen, im Heerdienst. Der kriegerische Tullus Hostilius hatte das Heer verdoppelt, die Celeres von 300 auf 600 gebracht, was eine verhältnißmäßige Vermehrung des Fußvolks einschließt. Dieß soll mittelst Aufnahme albanischer Geschlechter in den Populus geschehen sein; daß solche Geschlechter sogar genannt werden, [d]) ist eher ein Zeichen späterer Erdichtung, als eine Bestätigung, [e]) zumal da ihre Aufnahme in den Senat behauptet wird, was sicherlich falsch ist. Denkbar aber wäre es, daß neben der strengen Geschlossenheit der beiden ersten Stämme in dem dritten gleichsam eine Lücke des sonst vollendeten Staatsgebäudes für solche Ergänzungen gelassen worden wäre, was mit der Zurücksetzung der Luceres, als einer gemischteren Masse, gegen die reinen und vollendeten Tribus wohl zusammenstimmen würde. So würden dann die Luceres, durch fremde Geschlechter vermehrt, von jenen sechshundert Celeres vierhundert gestellt haben, und das den neuen dreihundert entsprechende Fußvolk wäre aus der Plebs genommen worden, deren Anfänge in die Regierung des Tullus fallen.

Unter Tarquinius aber, nachdem auch die Luceres durch ihre Gleichstellung mit den beiden ersten Tribus der Geschlossenheit theilhaftig geworden waren, konnte an eine Vermehrung nicht mehr auf demselben Wege gedacht werden. Es wird erzählt, daß er zu den drei Centurien der celeres Ramnes, Tities, Luceres drei andere mit neuen Namen habe fügen wollen; daran durch den Einspruch eines Augur verhindert, habe er vermittelst der Zuordnung von Ramnes etc. posteriores zu den priores die Zahl der Ritter auf 1200 gebracht. Wahrscheinlich hatte er es auf die Errichtung plebejischer Rittercenturien abgesehen; dieß verhinderten die Patricier, indem sie aus ihrem Mittel die sechshundert stellten, [f]) und auf die unter der siegreichen Regierung des Tarquinius außerordentlich vermehrte Plebs lediglich die darin von selbst liegende Vermehrung des Fußvolks warfen.

XLVII. Bei weitem bedeutender, als die des Tarquinius, über deren Absicht und Ausführung ein schwerlich zu erhellendes Dunkel liegt, sind die Einrichtungen des sechsten Königs, Servius Tullius, der die Verfassung durch Aufnahme der Plebs in den Staat von Grund aus umgestaltete, und ihr die Grundlagen gab oder vorzeichnete, die im Wesentlichen so lange als die Republik sich erhalten haben. Ueber diese Einrichtungen ist in der letzten Zeit ein ausführliches und gelehrtes Werk erschienen, [a]) dessen Verfasser, wenn er auch manches in ihnen gesucht zu haben scheint, was dem Rechtsbewußtsein der Römer fremd war, doch nicht weniges gefunden hat, was unsere Quellen für den scharfsinnigen und ihres Materials mächtigen Forscher enthalten.

Die Plebs muß unter Tarquinius eine sehr bedeutende factische Stellung gewonnen haben, nicht bloß durch ihre Zahl, sondern auch durch ihre Thätig-

---

d) Liv. I. 30.

e) Es zeigt nämlich, daß die Nachricht in dieser Gestalt aus den Geschlechtsregistern genommen ist, deren Unglaubwürdigkeit keinem Zweifel unterliegt (s. oben § 36 Note e.).

f) Vielleicht, wenn die obige Vermuthung über die bisherige Kriegspflicht der Luceres richtig ist, so daß die Ramnes und Tities (der Widerstand ist schwerlich von den Luceres ausgegangen) dieselbe Zahl übernahmen, die bisher schon die Luceres stellten (jede 400). (Vgl. Ambrosch Studien und Andeutungen im Gebiet d. altröm. Bodens und Cultus, 1839. S. 216 f.)

a) Es ist das bisher schon öfter angeführte von E. Huschke: die Verfassung des K. Servius Tullius, als Grundlage zu einer römischen Verfassungsgeschichte entwickelt, 1838.

keit in den Kriegen, in welchen, sowie sie ernsthafter wurden und ihren älteren Charakter vorübergehender Befehdungen verloren, die Wichtigkeit des Fußvolks hervortrat, theils in dem Gewinn des Siegs, theils in der Erhaltung des Eroberten. Ohne Zweifel hatte sie sich durch Autonomie eine corporative Einrichtung gegeben. Das plebejische Fußvolk wurde durch Unterbefehlshaber aus seinem eigenen Mittel in Ordnung gehalten, diese wurden auch zu Haus die natürlichen Vorsteher der Corporation, und mochten factisch zugleich von den herrschenden Bürgern als wünschenswerthe Vermittler der öffentlichen Leistungen ihres Standes anerkannt werden. Servius, von dem erzählt wird, daß er durch die Hülfe der Plebs zur Regierung gelangte, [b]) verwandelte diese autonomische Verfassung im Interesse des Gemeinwesens selbst, dem aus diesen Willküren Gefahr entstehen konnte, in eine gesetzliche. Es kam darauf an, der Plebs eine Eintheilung zu geben, die wirklich eine politische, d. h. mit dem Ganzen des Staats zusammenhängende war, wodurch denn die Plebs zugleich als ein Bestandtheil desselben anerkannt ward. Das Princip, welches diese Wirkung haben sollte, konnte nicht das persönliche des Geschlechts sein, durch dessen alleinige Geltung ja vielmehr die Plebejer bisher von dem Staat ausgeschlossen worden waren, sondern nur das örtliche des Staatsgebiets. [c])

Er theilte die Plebs daher in örtliche Tribus im Gegensatz gegen die alten drei patricischen Geschlechtstribus; [d]) nach jenen Districten sollten Kriegsdienst und Abgaben geleistet werden, jeder erhielt einen Vorsteher. Als örtliche Tribus werden vor allem vier erwähnt, die städtischen suburana, esquilina, collina, palatina, deren Gebiet nicht auf die Gebäude der Stadt beschränkt war, aber in die Stadt hineinreichte. Zu diesen kam noch eine beträchtliche Anzahl ländlicher Districte, rusticae tribus oder regiones genannt. Die Zahl wird verschieden angegeben. [e]) Mir scheint die Zahl der ländlichen vom Anfang nicht eine geschlossene, sondern nach Umständen zu verändernde, namentlich durch Eroberungen zu vermehrende gewesen zu sein. Merkwürdig ist, daß jene tribus urbanae in allen Berichten besonders hervorgehoben, von Livius sogar allein erwähnt, auch daß sie vorzugsweise tribus genannt werden, ihre Vorsteher tribuni. Wahrscheinlich hatten sie nach der Einrichtung des Servius allein eine gemeinpolitische Bedeutung, sie hießen nicht bloß zufällig urbanae, sondern sie waren auch allein für das bestimmt, was sich an die Stadt knüpfte und von dieser ausging; die ländlichen waren besondere Gemeinden unter eigenen Vorstehern, die der Entfernung der Wohnsitze wegen nothwendig wurden, alle Landbewohner aber gehörten mit zu den vier städtischen Tribus. [f]) Erst später erhielten die übrigen Tribus dieselbe politische Qualität, wie die städtischen (§ 52).

---

b) Cic. de republ. II. 21: primus iniussu populi regnavisse traditur — non iussu, sed voluntate atque concessu civium — non commisit se patribus —.

c) Eine Schrift, welche diese Einrichtung theils in ihrer Entstehung und inneren Natur, theils in ihrem Zusammenhang mit der weiteren Entwickelung der Verfassung gründlich und lehrreich (auch für einen den Resultaten nicht überall Zustimmenden) erörtert, ist Mommsen die römischen Tribus in administrativer Beziehung 1844.

d) Dionys. IV. 14.

e) Vgl. Niebuhr I S. 459 f. (er nimmt 26 rusticae nach Fabius und Varro an, also 30 mit den städtischen, von denen später in unglücklichen Kriegen zehn (ein Drittheil) verloren gingen, daher im Jahre 259 nur 20 waren.) Huschke S. 73, besonders aber Mommsen a. a. O. S. 4 ff.

f) Dieser Schluß ist aus dem angegebenen Charakter der tribus urbanae zu ziehen, nicht der, daß die entfernteren Landeigenthümer (der Natur der Sache nach eher die begütertsten) von den politischen Rechten ausgeschlossen gewesen wären, wie Huschke meint.

Der politische Charakter der plebejischen Tribus, also damals der städtischen, wirkte vor allem auf den Heerdienst. Der plebejische Kriegsdienst zu Fuß hörte dadurch auf, von der Reiterei abzuhängen, und sich nach dieser zu bestimmen. Die Legion enthielt nicht mehr 3000 Mann zu Fuß zu 300 Rittern, sondern 4000,[g] während die Zahl der Reiter dieselbe blieb. So war nun der Name für das Heer nicht mehr celeres, sondern classis procincta.[h] Den Plebejern wurde aber auch das Recht der Versammlung zu friedlichen Zwecken gegeben, sie hatten in der Stadt comitia tributa, die indessen erst später, und nicht vor der Beiziehung der tribus rusticae, eine gemeinpolitische Bedeutung erhielten.

Wie verhielten sich zu dieser Eintheilung die Patricier? Niebuhr hält sie für eine bloß die Plebs umfassende, dagegen ist erinnert worden, daß sie eine Eintheilung des Staats war, und sein mußte, wenn die Plebs durch dieselbe ein Bestandtheil des Staats werden sollte.[i] Das Richtige scheint folgendes. Die Eintheilung begriff das ganze Territorium des Staats. Insofern gehörten auch die Patricier hinein, und niemand hätte ihnen wehren können, sich als Plebejer zu geriren, in den Tributcomitien zu erscheinen, dem Aufruf des Fußvolks zu folgen, das plebejische Tributum mit zu zahlen. Es versteht sich aber wohl von selbst, daß sie von dieser Möglichkeit damals keinen Gebrauch machten, und es war auch gar nicht darauf gerechnet; sie zu zwingen, konnte niemandem einfallen. So waren denn die Tributcomitien rein plebejische, und ihre Beschlüsse plebei scita, ein Name, der ihnen geblieben ist, als jene Comitien ihren partikulären Charakter längst verloren hatten. Dagegen hatte diese Tribusverfassung eine bedeutende Rückwirkung auf die Patricier in Beziehung auf das Grundeigenthum. Durch sie war entschieden, daß man Glied des Staats, und zugleich Privatgrundeigenthümer sein könne, was dem Princip des älteren öffentlichen Rechts entgegen war; dieß wurde auch für die Patricier wirksam, die von hier an des Rechts am ager privatus theilhaftig wurden.

XLVIII. Aber Servius wollte es bei dieser ersten Einrichtung nicht bewenden lassen, es sollte eine zweite, die Centurienverfassung, hinzukommen, welche die Patricier nicht bloß facultativ, sondern actuell umfaßte.

Um eine richtige Einsicht in irgend eine Verfassungsform dieser alten Zeit der Könige zu gewinnen, ist es immer am sichersten, von der unmittelbaren Wirkung des Staats nach Außen, also von dem militärischen Organismus auszugehen, der in dieser Periode das vornehmste Element in der Bildung der Verfassungsformen ist. In dieser Beziehung standen sich Patricier und Plebs bisher wie Ritter und Fußvolk gegenüber. Die alte Verbindung zwischen beiden, wonach das letzte nur ein untergeordneter Anhang der ersten gewesen, war aufgehoben. Eine Einheit auf selbständigem Fuß herzustellen, war die Aufgabe; dieß schien nur möglich, wenn die Ritterschaft aufhörte etwas ausschließlich patricisches zu sein, wenn sie den Plebejern sich öffnete, während man freilich nicht daran denken konnte, die Patricier zum Fußdienste zu zwingen, diesem also seinen ausschließlich plebejischen Charakter zu nehmen. Der Gegensatz zwischen Patriciern und Plebejern sollte in seiner Vollkommenheit wenigstens aufhören ein militärischer zu sein, was er bisher zugleich war, darum mußte

g) Sicher zusammenhängend mit der Vierzahl der Tribus, Huschke S. 57.

h) Daß diese Bezeichnung schon in einem sogenannten Gesetz des Numa vorkommt (Festus v. opima), darf uns nicht irren.

i) Huschke S. 56 f.

der bestimmende Einfluß auf den militärischen Organismus der Curienverfassung entzogen und einer andern, und zwar einer neuen, denn die plebejische Tribusverfassung war dazu nicht tauglich, gegeben werden. Dazu kam, daß der Fußdienst einer Gliederung bedurfte, welche ihm die nur die Massen gewährende Tribuseinrichtung nicht verleihen konnte. Diese Gliederung sollte theils in der Unterscheidung der Kriegshandwerker und Musiker von den eigentlichen Kriegern, theils in der Unterscheidung der letzteren nach den Waffengattungen bestehen. Hier kam es darauf an zu bestimmen: wem liegt der Kriegsdienst mit vollkommener, also kostspieligerer Bewaffnung ob, wem nur eine weniger vollkommene, nach den verschiedenen für nöthig gehaltenen Abstufungen? Ferner: den wievielsten Mann trifft der Kriegsdienst für jede dieser Abstufungen? was nicht für alle Stufen gleich zu bestimmen war, schon darum, weil von der Classe der vollkommen Bewaffneten mehr erforderlich waren, als von jeder der übrigen.

Als der entscheidende Maßstab für diese beiden Fragen gab sich nur das Vermögen, dem Reichern wurde die bessere Bewaffnung und zugleich in größerer Zahl auferlegt. Zu diesem Behuf theilte Servius die sämmtlichen für den Fußdienst in Anspruch genommenen Bürger in fünf Classen, nach Livius, in sechs, nach Dionysius, und wies die Bürger mit 100 000 asses (später 110 000, noch später 125 000) und darüber in die erste,[a] die übrigen mit 75 000 und darüber in die zweite, mit 50 000 und darüber in die dritte, 25 000 und darüber in die vierte, 10 000 (später 11 000, noch später 12 500) in die fünfte Classe.[b] Dann werden unter den nicht bis an die fünfte Classe Reichenden unterschieden solche, die nicht weniger als 1500 Asses haben (accensi velati) und die minder Begüterten, für welche theils der Ausdruck proletarii, theils capite censi vorkommt, welcher letztere in manchen Berichten auf die nicht einmal 375 Asses Besitzenden beschränkt, während umgekehrt der Name proletarii auf die accensi velati ausgedehnt wird.[c] Alle Bürger über den proletarii heißen assidui.[d] Die Einreihung der Bürger in diese verschiedenen Abtheilungen geschah vermittelst allgemeiner Schätzung, census, die von Zeit zu Zeit zu wiederholen war. Jeder selbständiger Bürger hatte sich bei Strafe des Verlustes der Freiheit (oder des Lebens)[e] zu melden, und Namen und Alter von sich und Weib und Kindern, mit dem Namen seiner Eltern und seiner Tribus, sodann sein Vermögen, nämlich vor allem sein Grundeigenthum,[f] ferner die übrigen Sachen, die ihm ex iure quiritium zustanden,[g] eidlich anzugeben, in censum dedicare. Die unter Tutel Stehenden (ledige Weiber, viduae, und Unmündige) wurden von dem Tutor vertreten.

Die Gliederung des Heeres geschah nun durch die Einrichtung von Com-

---

a) Sie heißt auch classis schlechtweg, die ihr zugehörigen Bürger classici, die andern infra classem. Gell. VII. 13.

b) S. besonders Böckh, metrologische Untersuchungen über Gewichte, Münzfuße und Maße des Alterthums S. 427 ff. [Huschke über den Census und die Steuerverfassung der früheren römischen Kaiserzeit S. 91—97.]

c) S. die Stellen bei Huschke S. 185 ff.

d) Ueber die Bedeutung des Worts s. unten Note i.

e) Vgl. Huschke S. 574 f.

f) Praedia censui censendo, censui agri Cic. pro Flacco 32. Paul. Diac. ex Festo v. censui censendo. Nicht die possessiones.

g) Die Grundstücke speciell mit ihrem Werthanschlag, die beweglichen Sachen gewiß nicht einzeln, ob aber nach gewissen Classen, wie später, oder nur mit einem Werthanschlag in Bausch und Bogen, ist ungewiß. Uebrigens erstreckte sich der Census nur auf das, wovon der Bürger sagen konnte: meum est ex iure quiritium, also nicht auf Schuldforderungen; aber auch auf alles jenes, daher von dem Werth nicht die Schulden abgezogen wurden.

pagnien zu hundert Mann, centuriae, mit einem Hauptmann, centurio. Es wurden 18 Centurien Ritter gemacht: sechs patricische, wie sie Tarquinius festgesetzt hatte (also jede zu 200 Mann), und 12 plebejische. Schwerbewaffnetes Fußvolk sollten 80 Centurien sein, also 8000 Mann, diese waren von der ersten Classe zu stellen, dazu hatte dieselbe noch 2 Centurien Kriegshandwerker auszurüsten. Ohne Panzer, sonst gleich bewaffnet, 20 Centurien, mußten von der zweiten Classe aufgebracht werden; ohne Beinharnisch 20 Centurien von der dritten Classe; nur mit Speer und langem Schild bewaffnet 20 Centurien von der vierten Classe; mit Wurfgeschossen allein gerüstet 30 Centurien von der fünften Classe. Die zweite bis vierte Classe hatte noch 2 Centurien Musiker zu stellen, die daher zur vierten hinzugerechnet werden, nach Livius zur fünften, der auch noch die accensi mit einer Centurie neben und vor den cornicines und tubicines aufführt. [h]) Die übrigen Bürger unter der fünften Classe haben keine Stellung im Heer, wiewohl sie angehalten werden konnten zu dienen, wenn ihnen die Ausrüstung gegeben ward. [i]) Die Soldaten der 80 Centurien von der ersten Classe heißen principes, soweit sie

---

h) Auch Cic. de republ. II. 22 erwähnt sie in dieser Ordnung. Sie haben ohne Zweifel eine militärische Bedeutung, die wahrscheinlich ihr Name accensi *velati* ausdrückt, aber sie sind, wie die Musiker, nicht eine Classe von Bürgern, die sich selbst stellt, sondern die gestellt (ausgerüstet und beköstigt) werden von der fünften Classe.

i) Hier wird sich erst die Bedeutung von assiduus erörtern lassen. Man kann das Wort von adsidere oder von asses dare oder duere ableiten (vgl. Huschke S. 204 ff.). Im ersten Fall, wo das Wort gleich wäre mit adsiduus, hat man mehrmals versucht (zuletzt Mommsen die röm. Tribus S. 154), es mit ansässig oder angesessen zu erklären; aber *ad*siduus würde vielmehr einen Beigesessenen bedeuten. Bleibt man bei dem beglaubigten Sinn des Worts stehen, so wäre der dadurch ausgedrückte Gedanke entweder die beständige Theilnahme an den öffentlichen Geschäften (wie Huschke nach Charisius glaubt) oder, wie ich vorziehen würde, die ständige Verpflichtung zum Kriegsdienst, die den Bürgern der fünf ersten Klassen diesen Namen verschafft hätte. Das letztere unterschied sie wirklich von den Proletariern, das erste nicht, da auch den letzteren dieselbe Assiduität bei den Volksversammlungen zukam, wie den ersten, nur eine von geringerem Erfolg, auf den aber der Ausdruck sich nicht bezieht. Im zweiten Fall wird die Bezeichnung unmittelbar auf das Vermögen bezogen, und diese Bedeutung halte ich entschieden für die richtige, wie sie auch bei den Alten die herrschende Vorstellung war, und schon die XII Tafeln den Gegensatz von assiduus und proletarius in dieser Richtung gebrauchten: assiduo vindex assiduus esto, proletario quoi quis volet vindex esto (Gell. XVI. 10). So erklärte Aelius assiduus als locuples, appellatus ab asse dando (Cic. top. 2). Die nähere Erklärung könnte man nun in der Vermögensschätzung beim Census finden (wie Cic. de rep. II. 22), aber auch die Proletarier gaben nicht alle bloß ihre Person an; oder in der Steuerpflicht (assem dare in diesem Sinn genommen), wie Gell. l. c. (der überdieß denselben Sinn in jene erste Ableitung zu legen versucht: a muneris pro familiari copia faciendi assiduitate), aber auch darin scheinen sich die assidui nicht von allen Proletariern unterschieden zu haben. Meine Ansicht ist die: Assiduus muß eine Bedeutung haben, die sich unmittelbar auf seinen Gegensatz, proletarius, bezieht, die also zugleich mit diesem letzteren Ausdruck zusammenhängt. Die Bürger der fünf Classen sind nicht bloß persönlich kriegsdienstpflichtig, ja dieß sind nicht einmal alle, sondern nur die iuniores (s. unten), sondern sie müssen auch die Ausrüstungs- und Unterhaltungskosten tragen, theils für sich, theils für andere, die sie zu stellen haben, was sowohl in Beziehung auf die Kriegshandwerker und Musiker, als auch sonst vorkam. Diese Gestellten oder Ersatzmänner, für deren Ausrüstung ꝛc. jene die asses gaben, die also nicht selbst assidui waren, hießen proletarii, d. i. proboletarii, Vorgeschobene, oder vielleicht prolectarii, des Hervorziehens Gewärtige. Diese Erklärung hatte vielleicht Festus, dessen Epitomator (v. assiduus) wahrscheinlich unvollständig folgendes giebt: Alii eum qui sumptu proprio militabat, ab asse dando vocatum existimarunt —. Vielleicht läßt sich von dieser Erklärung aus in den schwankenden Sprachgebrauch hinsichtlich der proletarii und capite censi Licht bringen. [Der Ansicht des Verf. steht jedoch die Ableitung des Worts von proles, prolitas entgegen, welche eben so zweifellos ist, wie die Entstehung von proprietarius aus proprietas. Proletarii sind mithin die vermögenslosen Bürger, die dem Staat nur durch Kinderreichthum und Arbeitskraft dienen. Ihre Unterscheidung von den capite censi gehört einer spätern Zeit an. R.]

bei der Schlachtordnung in der ersten Linie standen, oder wenigstens, da die hastati die erste Linie hatten, vor den folgenden, der größte Theil derselben aber stand zurück, dieß waren die triarii; die Soldaten der zweiten bis vierten Classe heißen hastati. Die der fünften Classe werden rorarii genannt, sie hatten als leichte Truppen und Plänkler das Gefecht zu eröffnen. Die Centurien rückten aber nicht vollständig ins Feld, 40 Mann blieben als Reserve zurück; die Centurie im Feld zählt 60 Mann, zwei solche Centurien wurden zu einem zusammenwirkenden manipulus verbunden, der bei den Triariern ordo geheißen und nur die Hälfte jener Zahl betragen haben soll. Dreißig solche Manipeln, also sechzig Centurien, bildeten eine Legion, an welcher alle Waffengattungen in einem den Classen entsprechenden Verhältniß Theil hatten (die Manipeln der hastati z. B. also wie 6 zu 11, da sie im Ganzen 60 Centurien gegenüber den 80 der ersten und den 30 der fünften Classe hatten), nur daß in jenen 30 Manipeln (3600 Mann) noch nicht die ordines der Triarier begriffen zu sein scheinen.

Dieß ist die erste und Grundbeziehung der Centurieneintheilung, wodurch also nur festgesetzt war, wie viel Mannschaften und von welcher Ausrüstung man von den verschiedenen Bürgerclassen forderte. Nicht einmal die persönliche Dienstpflicht aller Bürger, die zu einer Centurie in einer zweiten Beziehung dieser Ordnung, von der nun die Rede sein wird, gehören, ist damit ausgesprochen, vielmehr werden in jeder Classe eine Anzahl centuriae iuniorum (minorum annis sex et quadraginta) und seniorum unterschieden, von denen nur die ersten zum Kriegsdienst in Person verpflichtet sind. Geschweige denn, daß man (wie Niebuhr und noch specieller Huschke versucht haben) daraus auf die Zahl der Bürger überhaupt und in jeder einzelnen Classe zurückschließen könnte. Jene Centurien drücken die Zahl der Kriegsmannschaft aus; nur wenn eine Aushebung nach der Kopfzahl der (dienstfähigen) Bürger darin läge, und überdieß nach einem Verhältniß, das uns bekannt wäre, würde jener Schluß statthaft sein. Dieß ist aber nicht der Fall.

Wir gehen nun zu der zweiten, secundären Beziehung jener Eintheilung über. In demselben Verhältniß, in welchem jede Abtheilung der Bürger mit dem Kriegsdienst belastet war, sollte sie auch an der Entscheidung über öffentliche Angelegenheiten Theil nehmen. Zu diesem Behuf wurde auf den Grund jener Centurien und Classen eine Volksversammlung eingerichtet, comitia centuriata (auch comitiatus maximus genannt, weil er alle Bürger umfaßte), in welcher die Ritter 18 Stimmen, die Bürger der ersten Classe 80 hatten, u. s. f. Die Centurien waren hier suffragia, eben darum aber auch Abtheilungen der sämmtlichen stimmfähigen Bürger, von denen jeder in einer Centurie eingeschrieben sein mußte, um an dem Suffragium desselben Theil zu haben. Daß nur die sechs patricischen Rittercenturien in der Volksversammlung die sex suffragia hießen, alle plebejischen Centurien dagegen centuriae, erklärt sich daraus, daß jenen nicht ihre Eigenschaft als Centurien, sondern nur die als suffragia erst durch die neue Verfassung gegeben worden war,[k])

---

k) Sie konnten sagen, auch ihre Curiatcomitien seien centuriata zu nennen, weil sie auf einer Eintheilung in dreimal hundert beruhen, die ebenfalls zugleich eine militärische Bedeutung hatte. Dieß halte ich für den Sinn der vielbesprochenen Stelle des Festus bei Paul. Diaconus: centuriata comitia item curiata dicebantur (d. h. centuriata werden auch die Curiatcomitien genannt, nicht: die Centuriatcomitien heißen auch curiata; — Huschke S. 114 Z. 16 ff. macht diese richtige und von ihm begründete Bemerkung, sie ist aber durch einen Druckfehler entstellt), quia populus romanus per centenas turmas divisus erat.

während die Plebejer nur durch diese neue Einrichtung Centurien hatten, von denen das Suffragium in der Volksversammlung für sie abhing. Diese Comitial-Centurien dürfen nicht mit den militärischen, von denen vorhin die Rede war, verwechselt werden, sie hatten mit ihnen nur ihre Zahl für jede Classe, nicht aber ihre Zusammensetzung gemein.[l]) Ja, es gab, da die Comitien alle Bürger, auch die nicht für die Kriegspflicht in Anspruch genommenen, umfassen sollten, mehr Centurien in der Volksversammlung, als militärische. Die den Ansatz des Kriegsdienstes enthaltenden Centurien waren (mit den Rittercenturien, und denen der fabri und Musiker) 192, in welchen wahrscheinlich auch schon die accensi velati enthalten sind; wären diese besonders und zwar, wie Niebuhr glaubt, als zwei Centurien zu rechnen, so wäre die Zahl der militärischen 194. Zu diesen kommt nun noch in der Volksversammlung Eine Centurie der Proletarier oder capite censi, die Dionysius eine sechste Classe nennt, während alle andern Schriftsteller nur fünf Classen annehmen, welches letztere offenbar das richtige ist.[m]) So bestand also die Volksversammlung aus 193 Centurien.[n]) Außer diesen war noch eine centuria ni quis scivit angenommen, in welcher die Bürger nachträglich stimmen konnten, die ihre Centurien zufällig versäumt hatten, damit die Centuriencomitien auch wirklich als die Vereinigung aller Bürger, ihre Beschlüsse als die aller stimmfähigen, die nur noch vor der Beendigung Theil nehmen wollten, erschienen.[o])

Dieser Volksversammlung sollte die Gesetzgebung, die Entscheidung über Krieg und Frieden, die Wahl der Magistrate, und namentlich zweier Prätoren oder Consuln, die an die Stelle des Königs treten sollten,[p]) ohne Zweifel eines plebejischen und eines patricischen,[q]) endlich das Gericht über das caput civis zustehen. Alle alten Schriftsteller bemerken, welches bedeutendere Uebergewicht im Staat dem Reichthum durch diese neue Verfassung bestimmt war. Die erste Classe hatte 80 Stimmen von 193, und in diese 80 Centurien theilte sich eine gegenüber den übrigen Bürgern gewiß geringe Kopfzahl, während die ohne allen Vergleich größere Zahl der Bürger der folgenden vier Classen zusammen wenig mehr Stimmen besaßen, ja die Masse der capite censi in eine einzige Centurie zusammengedrängt war. So brauchte die erste Classe, wenn sie einig war, nur noch die Zustimmung der Centurien, die ihr beigeordnet waren (wohin auch die sex suffragia gehörten, die nach der ersten Classe stimmten), und einiger weniger aus den folgenden, um die Majorität von 97 zu haben.[r]) Eben so anschaulich ist die Begünstigung der Plebs durch diese

---

l) So gewähren die zwei Centurien Musiker der Classe, die sie stellte, zwei Stimmen mehr, aber es ist damit nicht gesagt, daß in der Volksversammlung unter dem Namen dieser Centurien die Musikanten gestimmt hätten. Ferner waren in den militärischen Centurien filii familias, aber nicht in der Volksversammlung. [Vergl. indessen Gell. noct. att. V 19 in fine. R.]

m) Huschke S. 194 glaubt das Gegentheil, und daß die sechste Classe die quintana classis sei, die Festus erwähne in folgendem Fragment: (quin)tanam classem .... rex distribut .... fecit cum eas ord .... sam de capite .... nihil praeter se h.... das man in diesem Sinn hat restituiren wollen, wo aber eben so gut gesagt sein konnte, daß quintana classis das nach der servianischen Verfassung in fünf Abtheilungen (Classen) zerfallende Volk (classis in diesem Sinn s. oben und Huschke S. 134) hieß. Hienach würde die Stelle vielmehr zu denen gehören, welche fünf Classen voraussetzen.

n) Nach Niebuhr 195. *o*) Festus v. niquis scivit.

p) Liv. I 60: duo consules inde comitiis centuriatis a praefecto urbis *ex commentariis Servii Tullii creati sunt* — vgl. I 48 a. E. Dionys. IV 40.

q) Niebuhr I S. 445. 2r A. (S. 476. 581 3r.)

r) Daß die berüchtigte Stelle des Cicero (de republ. II 22), welche diesen Gedanken aus-

Verfassung; die Patricier hatten nur sechs Stimmen; wenn wir auch annehmen dürfen, daß ihnen durch ihre Clienten ein nicht unbedeutender Einfluß auf die Stimmen der meisten Centurien geöffnet war, so war dieß doch kein verfassungsmäßiger, und es mußte damals noch ihren Stolz verletzen, auf ein solches Mittel reducirt zu sein. Dazu kam die Einrichtung der plebejischen Ritter, die Aufnahme von Plebejern in den Senat, die ebenfalls ein Theil der servianischen Reformen war, [s]) endlich der plebejische Consul, der mit dem patricischen künftig regieren sollte. Wenn wir den bisherigen politischen Zustand der Plebs auch seit ihrer Tribusverfassung, die wahrscheinlich gleich in den Anfang der servianischen Regierung fällt, dagegen stellen, welch ein Unternehmen für einen König, auch wenn ihm eine lange, weise und nach Außen glückliche Regierung Ansehen und Kraft gegeben hatte!

Aber diese Verfassung des Servius ist im Ganzen unter ihm und seinem Nachfolger nie in Wirksamkeit getreten. Erst nach Vertreibung der Könige ist sie, nicht wiederhergestellt, wie die späteren Schriftsteller glaubten, die dem letzten König ihre Aufhebung zuschreiben, sondern eingeführt worden, wie denn auch nicht Gesetze, sondern die commentarii Servii Tullii als die Quelle angeführt werden, aus welcher sie entnommen worden ist. Gewiß ist, daß der Consulat, der Schlußstein der ganzen Verfassung, nicht eingeführt wurde, eben so wurde die Aufnahme der Plebejer in den Senat wahrscheinlich erst unter den ersten Consuln, für welche Zeit sie bestimmt bezeugt ist, bewerkstelligt. [t]) Ueberhaupt aber hat Servius seine Entwürfe erst in den letzten Zeiten seiner Regierung vollendet; Livius erzählt, er sei an der Einführung des Consulats durch den grausamen Tod, den er gefunden, verhindert worden. [u]) Die Ausführung seines bis ins Einzelne ausgearbeiteten und vollendeten Plans war es, die durch die Verbindung der Patricier mit seinem Nachfolger, und durch seine Ermordung verhindert werden sollte; der Erfolg wäre unbegreiflich, wenn es dem König schon gelungen gewesen wäre, dem Staat die von ihm beabsichtigte Gestalt, auch ohne den Consulat, und dadurch der Plebs jene Stellung zu geben, worin sie ihrem Wohlthäter einen sichern Schutz gegen seine Gegner gewährt hätte.

---

führt, einer Emendation auch nach der Verbesserung durch den Corrector der Handschrift bedarf, ist ausgemacht (s. Huschke S. 5 ff.). Mir scheint der Weg, welchen Niebuhr hiebei eingeschlagen hat (I 469), der richtige, wonach Cicero, um das Uebergewicht der ersten Classe zu erörtern, auch wirklich in seiner Darstellung von dieser ausging, obwohl ich glaube, daß die letzte Hand für die vollkommene Herstellung des Textes erst noch zu erwarten ist. — Nach dem neuesten Emendationsversuch — von Mommsen röm. Tribus S. 61 ff. — würde Cicero gesagt haben, die erste Classe habe, mit ihren Anhängen und den Rittercenturien, die Majorität gehabt, selbst wenn zwei Centurien von ihr abfielen; und für diese an sich schon ungeschickte Darstellungsweise hätte er, statt wie jeder Politiker hier thun würde, von einem transire dieser zwei Centurien zu sprechen, den verkehrten Ausdruck accedere gebraucht, als wenn er von vorn herein die übrigen Classen als das principale im Auge gehabt hätte. — [Ritschl's Herstellung des alten Textes erster Hand im neuen rhein. Mus. 1852 S. 308: nunc rationem videtis esse talem, ut equitum centuri-*is* cum sex suffragiis et primae classi addita centuria quae ad summum usum urbis fabris tignariis est data, octo centuriae solae si accesserunt confecta es*set* vis populi universa reliquaque multo maior multitudo sex et nonaginta centuriarum (tot enim reliqua sunt) neque excluderetur suffragiis, ne superbum esset, nec valeret nimis ne esset periculosum erlöst uns wenigstens von dem unleidlichen Satzbau und den wohlfeilen Verbesserungen des Interpolators, freilich ist nun zugleich die bisherige Voraussetzung sachlicher Wichtigkeit des ganzen Zeugnisses um so mehr aufzugeben, als selbst dessen Richtigkeit mehr als problematisch erscheint. R.]

s) Walter, Geschichte des R. R. S. 80 Note 19.

t) Auch in Beziehung auf die Centuriatcomitien findet sich ein indirectes Zeugniß, daß sie unter den Königen nicht eingeführt wurden. Cicero (de republ. II 31) nennt die Lex Valeria Publicolä die erste von jenen Comitien beschlossene. *u*) Liv. I 48.

Die Vorstellung der Historiker, welche die Verfassung stillschweigend als wirklich ins Leben getreten voraussetzen, ist zu natürlich, als daß wir annehmen müßten, sie hätten gewisse Zeugnisse davon gehabt; derselbe Irrthum ist auch in unsern Tagen in Beziehung auf Gesetze, ja auf Verfassungen einer viel näheren Vergangenheit, die nie zur Wirksamkeit gelangt sind, vorgekommen. Dieß schließt indessen nicht aus, daß Einzelnes, namentlich Vorbereitendes, schon von Servius in Wirkung gesetzt, manches vielleicht auch von seinem Nachfolger als tauglich befunden und zugelassen worden ist. So wird bezeugt, daß schon Servius den Census abgehalten habe, auch die plebejischen Ritter wird das Bedürfniß einer zahlreicheren Kriegsmacht ins Dasein gerufen haben, und Tarquinius Superbus behielt sie bei;[v]) überhaupt kann die rein militärische Seite der neuen Einrichtung großentheils schon damals eingeführt worden sein.

XLIX. Auch über das Gerichtswesen traf Servius Anordnungen. Es wird von ihm erzählt, er habe Richter für Privatrechtsstreitigkeiten eingesetzt.[a]) Später kommen zwei ständige Gerichte vor: die decemviri litibus iudicandis und die centumviri, von denen offenbar jene die älteren sind; die letzteren werden in der einzigen Stelle, die von ihrer Einsetzung handelt, mit den plebejischen Tribus, und zwar nachdem ihre Zahl auf 35 angewachsen war, in Verbindung gebracht.[b]) Dieser Umstand, daß die Existenz der Centumviri erst für eine viel spätere Zeit bezeugt ist, und daß ihnen die Decemviri entschieden vorangegangen sind, streitet gegen die Annahme, daß sie von Servius eingeführt worden seien, wiewohl das plebejische Princip, auf dem sie beruhen, dem Geist der servianischen Einrichtungen nicht widerspricht. Die Existenz der Decemviri dagegen ist für das Jahr 395 (und da sie hier als eine bestehende Einrichtung vorausgesetzt werden, schon für die frühere Zeit) beglaubigt durch die Lex Horatia: ut qui tribunis plebis aedilibus iudicibus decemviris nocuisset, eius caput Iovi sacrum esset.[c]) Wie in anderen Punkten, so folgten auch in diesem die horazischen Gesetze wahrscheinlich den valerischen, von denen wir daher annehmen dürfen, daß sie, gleich nach der Vertreibung der Könige, die iudices decemviri herstellten. So sind es daher diese, welche unter jenen Richtern des Servius gemeint sind. Für einen Irrthum aber halte ich die Meinung Huschke's von Volksgerichten über reine Privatrechte, an deren Stelle die Decemviral- und nachher die Centumviralgerichte getreten seien.[d]) Die Pontifen als solche waren es, denen die Decemvirn substituirt wurden, und die

---

v) Dionys. IV 44.

a) Dionys. IV 25.

b) Paul. Diac. ex Festo v. Centumviralia iudicia. Was man übrigens auch von der Zulässigkeit der in dieser Stelle gegebenen Nachrichten halten möge, das wenigstens scheint daraus hervorzugehen, daß auch Festus kein Zeugniß bekannt war, welches die Entstehung des Centumviralgerichts bis zu Servius hinaufrückte. Vgl. § 153.

c) Liv. III 55. Gewiß sind in dem Gesetz die Worte iudices decemviri zusammenzulesen, übrigens haben auch schon manche römische Interpreten beide Worte getrennt, indem sie, wie Livius widerlegend berichtet, glaubten, unter den iudices seien die Consuln gemeint, wie neuere Ausleger unter den iudices die Centumvirn, mit noch viel geringerem Schein, haben verstehen wollen.

d) Er liest bei Gaius (IV 15.): ante eam autem legem (der pinarischen) *populus romanus* dabatur iudex. Diese Lesart wird, wie mir scheint, schon durch die Worte dabatur iudex widerlegt, die kein Jurist von dem Volke gebrauchen konnte. [Huschke hat obige Ergänzung hernach zurückgezogen; die Lesung von Studemund spricht für die Ergänzung Bethmann-Hollwegs statim dabatur iudex.]

LIBRARY

durch diese Einrichtung die Stellung als bloße iuris consulti erhalten sollten, wovon in der folgenden Periode weiter zu handeln sein wird. Die Decemvirn aber wurden ohne Zweifel aus dem Senat genommen, der noch bis in spätere Zeiten als Besitzer der iudicia erscheint.[e])

L. Der siebente König war ein hochfahrender und eigengesinnter Fürst, der seinen Willen über alles setzend die Patricier bald fühlen ließ, daß er die obwohl mit ihrer Hülfe erlangte Herrschaft keineswegs nach ihrer Convenienz zu führen gedenke. Er vertrat den Staat nach Außen mit Verstand und Kraft, in Rom ließ er mächtige Bauwerke aufführen, zu denen ihm Patricier wie Plebejer steuern mußten. Darum nannte ihn das Volk Superbus, gezwungen und, wie es sich mächtigen und äußerlich Großes schaffenden Geistern gegenüber zu verhalten pflegt, doch nicht wider Willen ihm gehorchend. Er selbst würde die Regierung, die er mit Klugheit lange Jahre führte, nie verloren haben, aber seine Uebelthat gegen seinen Schwiegervater Servius wurde durch die übermüthige Thorheit seiner eigenen Söhne gestraft, welche zu seiner Vertreibung und zur Endigung der königlichen Herrschaft in Rom führte.

Die erste Zeit des Consulats.

LI. Die Vertreibung des Königs war von den Patriciern ausgegangen, die Plebs hatte sich ihnen angeschlossen, als das Haupt der letzteren dürfen wir L. Junius Brutus betrachten. Tarquinius Superbus hatte in autokratischer Weise geringen Unterschied zwischen den Ständen gemacht, er hatte tüchtige Plebejer hervorgezogen, die gleiche Unterwerfung hatte die beiden Stände dem äußerlichen Ansehen nach in der Vorstellung der Plebejer gegen einander in eine gleichere Stellung gebracht. Jetzt hing die Vertheidigung des Staats gegen die mächtige Hülfe, welche die vertriebene Familie auswärts fand, von der Einigkeit beider Stände, von dem guten Willen der Plebs ab. Die Patricier mußten sich dazu verstehen, zu gewähren, was sie fünf und zwanzig Jahre vorher hintertrieben hatten.

Vermöge Uebereinkunft unter den Parteihäuptern wurde nun endlich die servianische Verfassung eingeführt: vor allem die Centuriatcomitien mit ihren Rechten der Gesetzgebung, des höchsten Gerichts über das caput civis, des Beschlusses über Krieg und Frieden, der Wahl der Magistrate. Dieß geschah durch die leges valeriae 245. Zwei jährliche Consuln, oder wie sie damals hießen praetores, traten an die Spitze der Regierung, einer der beiden ersten war jener Plebejer Brutus. Plebejer wurden in den Senat aufgenommen, daher von nun an zwei Classen von Senatoren: patres und conscripti unterschieden werden. Dafür daß auch in Zukunft diese Stimmen der Plebejer im Senat stets in gehöriger Zahl erhalten würden, scheint nicht gesorgt worden zu sein, so wenig als die Theilnahme am Consulat sich fortsetzte; nach Brutus kommt kein plebejischer Consul weiter vor.

Darin bestand eben das unverhältnißmäßige Uebergewicht der Patricier über die Plebs, obwohl diese als Theil des souveränen Volks, des populus romanus quirites, durch ihre Stellung in den Centuriatcomitien anerkannt war. An diese Comitien konnte nichts gebracht werden, außer durch die Con-

e) Die ursprüngliche Bedeutung der Centumviralgerichte dagegen ist die, daß es nichtsenatorische Gerichte sind.

fuln, und nur ein Antrag, der vorher durch den Senat berathen und genehmigt worden war. Man braucht nicht noch außerdem eine Bestätigung der Centuriatbeschlüsse durch die Curiatcomitien anzunehmen, um zu finden, daß die Plebejer selbst in den Angelegenheiten, die vor die höchsten Comitien zu bringen waren, nur einen verneinenden Einfluß, daß sie kein gesetzliches Mittel hatten, die Initiative für irgend eine Sache in irgend einer Art zu ergreifen. Denn in der Volksversammlung war nur über den von dem Senat autorisirten Antrag mit Ja und Nein abzustimmen, es konnte nicht ein anderer an die Stelle des abgelehnten von den Stimmenden gesetzt werden. Ohne Zustimmung des Senats konnte keine lex centuriata zu Stande kommen, und im Senat hatten die Patricier noch lange ein unbestrittenes Uebergewicht. Ueberdieß hatte, wenn auch der Senat und die Consuln unter Umständen geneigt gewesen wären, die patricischen Interessen zu versäumen, für gewisse Angelegenheiten noch immer der gesammte Patricierstand in den Centuriatcomitien allerdings die Sanction der Centuriatbeschlüsse, ohne welche diese keinen Effect hatten. Diese Bestätigung durch eine lex curiata trat überall ein, wo der Beschluß eine religiöse Weihe erhalten mußte, die ihm die Centuriatcomitien nicht ertheilen konnten, so bei jeder Aenderung der Verfassung, Einführung neuer magistratus populi romani, und bei der Wahl der Consuln, welche ihr imperium durch eine lex curiata erhalten mußten.[a]) Es ist nicht zu bezweifeln, daß die Curien damals noch diese Bestätigung versagen konnten; mußte vielleicht, was dahin gestellt bleiben mag, auf einen religiösen Grund der Verweigerung hingewiesen werden, so konnte es, wenn die Patricier wollten, niemals an einem solchen fehlen.

Wenn so die Plebs im Ganzen an dem Regiment, ungeachtet sie in den Centuriatcomitien herrschte, einen beziehungsweise geringen Antheil hatte, so waren die Einzelnen gegen einen äußersten Mißbrauch der consularischen Gewalt durch die Provocation an jene Comitien geschützt. Aber auch dieser Schutz galt nur intra primum urbis miliarium, nicht in einer weiteren Entfernung von der Stadt, also nicht im Heer, wenn es im Feld stand. Und es gab einen Magistrat, die Dictatur, gegen welchen die Provocation überall versagt war.[b]) Den Dictator, oder magister populi, dem ein magister equitum, wie dem König ein tribunus celerum, zur Seite steht, hat Huschke durch eine sehr glückliche Combination mit dem Census in Verbindung gebracht.[c]) Er war von Anfang für den alle zehn Jahre abzuhaltenden Census bestimmt, mit welchem eine neue Gestaltung der Centurienversammlung durch den möglichen Uebertritt eines Bürgers aus einer Classe in die andere wegen Veränderung seines censirbaren Vermögens verbunden war; damit hängt zusammen, daß er nicht von den Centuriatcomitien, sondern durch die von seiner Amtsthätigkeit unabhängigen Curiatcomitien gewählt ward,[d]) eben so, daß keine Provocation von ihm an die Centuriatcomitien stattfand. Für jene Function waren ihm sechs Monate gegeben. Der Dictator sollte für das ihm bestimmte Geschäft eben so den König ersetzen, wie für gewisse Opfer der rex sacrificulus oder rex sacrorum.[e]) Bald aber wurde die Dictatur als ein außerordentlicher Magistrat

---

a) Cic. agrar. II 10—12. *b*) Festus v. optima lex.

c) Verf. des Servius S. 517 vgl. 728 f.

d) Erst später geschah die Ernennung durch die Consuln auf Auftrag des Senats, Niebuhr I S. 591 (628).

e) Liv. II 2. [Ambrosch Studien und Andeutungen im Gebiete des altröm. Bodens und Cultus 1839. Kap. 2 S. 41—76.]

gebraucht in Fällen, wo es nöthig schien, Einen unbeschränkteren Regenten an die Spitze zu stellen; sie diente namentlich oft als Mittel, den Widerstand der Plebejer zu überwinden.

Wer kann sagen, daß es den Patriciern unmöglich gewesen wäre, sich das fast unbeschränkte Regiment, und die Plebs in dieser untergeordneten Stellung zu erhalten, wenn der Senat und die politisch bedeutenden Glieder des Standes vermocht hätten, der übrigen Masse die höhere, auf die politische Macht rein gerichtete Gesinnung einzuflößen, durch die sie selbst ohne Zweifel beseelt waren. Die Masse aber sah in der Macht ihres Standes nur ein Mittel, ihre persönlichen Leidenschaften und Interessen, Uebermuth und Habsucht zu befriedigen.[f] Diese Mehrzahl gebrauchte das patricische Uebergewicht dazu, die öffentlichen Lasten auf die Plebs zu wälzen, und sich durch einen von der Noth vieler Plebejer veranlaßten, von keinem Gesetz beschränkten, von einem harten Schuldrecht unterstützten, von den patricischen Gerichten geschirmten, ungemessenen Wucher zu bereichern. Unglückliche Kriege gegen die Bundesgenossen des vertriebenen Königs hatten das Eigenthum vieler Plebejer schwer getroffen, solche Verluste änderten den bisherigen Ansatz des Vermögens und die darauf basirten öffentlichen Leistungen nicht bis zum nächsten Census. Der Kriegsdienst war eine schwere Last, da er auf eigene Kosten geleistet werden mußte,[g] dazu kam noch die Steuer, tributum, die nach Bedarf auferlegt, und nach dem Census auf die Einzelnen ausgeschlagen wurde, tributum ex censu.[h] Sie wurde nur auferlegt, sofern das Staatsvermögen zur Bestreitung der öffentlichen Ausgaben nicht hinreichte, dieser Fall aber mochte damals, obgleich die Soldaten noch keinen Sold empfingen, jährlich eintreten, da die siegloſen Kriege keine Beute in das Aerarium brachten. Das tributum ex censu zahlten die Patricier nicht, denn sie hatten in der servianischen Verfassung nicht eine durch das Vermögen bedingte Stellung. Das tributum in capita, nach arbiträrem Ermessen auf den Kopf ausgeschlagen, kommt für Bürger, die noch unter den Plebejern standen (§ 60), vor, also werden die Patricier wohl auch davon frei gewesen sein. Nur für eine außerordentliche Steuer, tributum temerarium, konnten die Patricier in Anspruch genommen werden.[i] Die verarmten Plebejer, die zur Erfüllung der öffentlichen Leistungen und zur Erhaltung ihres Hauswesens Anlehen nöthig hatten, fielen den von der allgemeinen Calamität am wenigsten betroffenen Patriciern in die Hände, die durch unerschwingliche Zinsen ihren Ruin vollendeten. Die Reichen hatten ihre Häuser und Besitzungen gefüllt von gefesselten, auf das härteste behandelten Schuld-

---

f) — factione respectuque rerum privatarum, quae semper obfecere obficientque publicis consiliis — Liv. II 30.

g) Erst in der Mitte des vierten Jahrhunderts kam der Sold (aes militare) auf, Liv. IV 59. (Ohne zureichende Gründe bestritten von Mommsen die röm. Tribus S. 31 ff.) Dem Ritter dagegen wurde ein equus publicus assignirt, d. h. er erhielt ein für allemal als aes equestre 10 000 Asses, wovon er sich stets beritten machen mußte, Liv. I 43. Zugleich erhielt er ein Futtergeld, aes hordearium. Beides, aes equestre und hordearium, war auf die gewaltfreien Frauen und Kinder (viduae und orbi orbaeque) gelegt, als Ausgleichung gegen die von den andern Bürgern zu leistende persönliche Dienstpflicht und Ausrüstung und Beköstigung der Proletarii, § 48 Note i.

h) Als das regelmäßige galt ein As von tausend (Niebuhr II 456); das ist aber bloß das Simplum, das nach Bedürfniß vermehrfacht ward.

i) Festus: Tributorum conlato*rum* (Huschke) quom sit ali*ud* (Huschke) in capita aliud ex censu, dicitur etiam quoddam temerarium, ut post urbem a Gallis captam conlatum est, quia proximis XV annis census *actus* (Niebuhr) non erat. Item bello punico secundo M. Valerio Laevino M. Claudio Marcello coss. quom et senatus et populus in aerarium quod habuit detulit.

knechten. Dieses Verfahren der gemeinen Masse des patricischen Standes, und ihre unpolitische, auf den Privatnutzen gerichtete Gesinnung, welche der im J. 259 erfolgte Tod des vertriebenen Königs von dem letzten Zügel der Furcht befreite, führte den ersten Schlag gegen die patricische Herrschaft herbei, wie in der Folgezeit, da die Erfahrung nicht weiser machte, den Untergang derselben.

Im J. 260, bei der Heimkehr von einem Feldzug, setzte sich der plebejische Theil des Heers auf einem Berg in der Nähe der Stadt, der nachher der heilige genannt ward, fest, jenseits des Anio, und weigerte sich in die Stadt zurückzukehren. Die übrige Plebs vereinigte sich mit den Truppen, oder hielt sich abgeschlossen gegen die Patricier und ihre Clienten auf dem Aventinus. Dieß ist die erste Secession der Plebs, secessio in montem sacrum. Sie drohte sich von dem Staat zu trennen, und einen neuen zu gründen. Wäre dieß geschehen, so würden beide Hälften des bisherigen Staats verkommen sein, die Geschichte Roms würde sich auf diesem Punkt geendigt haben.

Zweite Periode.

Folgen der Secession.

LII. Die Plebs vereinigte sich wieder mit dem Staat gegen gewisse Concessionen, durch welche theils die Beschwerden der Einzelnen gehoben, theils dem ganzen Stand Garantien gegen künftige Verletzungen gegeben werden sollten.

Höchst wahrscheinlich erhielten die comitia tributa eine neue Gestalt, indem sie nun nicht mehr nach den tribus urbanae allein gehalten, sondern auch die rusticae als besondere Tribus herbeigezogen wurden;[a] die Zahl sämmtlicher tribus war damals 21.[b] Vielleicht wurde ihnen zugleich der Charakter von wahren Comitien erneuert, während sie bis dahin mehr zu bloßen Concionen herabgekommen waren, d. h. solchen Versammlungen, welche die Magistrate zusammenberiefen, um den Versammelten etwas vorzutragen, sie zu irgend einer Thätigkeit oder einem sonstigen Verhalten außer der Versammlung anzuregen, ohne einen Antrag auf einen Beschluß zu stellen.[c] Wenn aber auch bisher ununterbrochen eigentliche Rogationen an die Tributcomitien gebracht, und plebiscita erlassen worden waren, so wurde wahrscheinlich jetzt solchen Beschlüssen der Plebs die Möglichkeit, zu einer Initiative für eigentliche Gesetze zu werden, verschafft, indem die Tribunen sie dem Senat vorlegen konnten,[d] durch den sie sodann, wenn er sie billigte, an die Centuriatcomitien gebracht wurden.[e]

Damit hängt die Einführung von Vorstehern der Plebs, tribuni plebis (unterschieden von den früheren Tribunen der einzelnen Tribus), zusammen,

---

a) Vgl. oben § 47. Eine Andeutung davon könnten die Worte des Dionysius (VI 89 a. A.): νεμηθεὶς δὲ ὁ δῆμος εἰς τὰς τότε οὔσας φρατρίας, ἢ ὅπως βούλεταί τις αὐτὰς προσαγορεύειν, ἃς ἐκεῖνοι καλοῦσι κουρίας — enthalten, es scheint, als ob er eine Nachricht darüber in seinen Quellen gefunden hatte, mit der er nichts anzufangen wußte.

b) Ueber Liv. II 21: Romae tribus una et viginti factae (259) und Dionys. VII 64 (263) vgl. Mommsen die röm. Tribus S. 6 ff. Dionysius sagt, damals seien 21 Tribus gewesen; er fügt die Bemerkung hinzu, 9 hätten für Coriolan gestimmt, also so viele, daß wenig an der Stimmengleichheit gefehlt habe, welche die Absolution des Angeklagten zur Folge gehabt haben würde, setzt also hier eine gleiche Tribuszahl voraus. Angenommen einen Irrthum, so ist es weit weniger wahrscheinlich, daß dieser in der Thatsache der 21 Tribus (wie Mommsen voraussetzt), als daß er in der Glosse des Schriftstellers liegt.

c) Gell. XIII 15: — cum populo agere est rogare quid populum, quod suffragiis suis aut iubeat aut vetet, concionem autem habere est verba facere ad populum sine ulla rogatione. Vgl. XVIII 7.

d) Sie hatten aber nicht wie die Magistrate das Recht, in die Versammlung des Senats einzutreten, sondern an der Schwelle stehend machten sie ihre Mittheilungen, Valer. Max. II 2, 7.

e) Von diesem Hergang giebt Dionysius (X 32) ein ins Einzelne ausgeführtes Beispiel. Auch aus andern Rogationen der Tribunen in der nächstfolgenden Zeit geht, was im Text behauptet worden ist, hervor. [Vgl. dagegen Mommsen röm. Forschungen I S. 208 f.]

die von den alten Geschichtschreibern als Folge der Secession besonders hervorgehoben wird.[f]) Ihre Zahl wurde auf fünf bestimmt,[g]) sie sollten nur aus der Plebs gewählt werden, und sacrosancti sein, ihre Verletzung also den Thäter außer den Schutz des Rechts stellen. Eigentliche magistratus (populi) wurden sie nicht, denn sie waren nur Vorsteher der Plebs, aber sie waren doch dieses und nicht bloß Vorsteher einzelner Abtheilungen derselben; dadurch standen sie jenen um ein Bedeutendes näher. Sie griffen nicht positiv in das Regiment des Staats ein, wie die magistratus, aber eine negative Einwirkung war ihnen gegeben, indem sie durch ihr Veto jede Verfügung eines Magistrats verhindern konnten.[h]) Freilich setzte dieß ihre Einstimmigkeit insofern voraus, als jeder Tribun das Veto seiner Collegen durch den Widerspruch aufzuheben die Macht hatte. Daher konnte ferner der Tribun keine Vermögensstrafe, multa, verhängen, um sein Ansehen zu schützen, aber es wurde ihnen verstattet, den Bürger, welcher sich gegen ihr Recht vergangen hatte, auf eine Geldstrafe vor den Tributcomitien anzuklagen, wodurch zugleich diesen eine selbständige, von fremder Genehmigung unabhängige Thätigkeit zuerkannt war.[i]) Die Wahl der Volkstribunen ward durch eine lex publilia im J. 283 den Tributcomitien selbst gegeben, worin ein bedeutender Fortschritt dieser Comitien liegt, zugleich aber wurde die Zahl der Tribunen auf zehn erhöht,[k]) was nicht als ein Vortheil für die Plebs, sondern als eine Concession an die Patricier zu betrachten ist, da in der größeren Zahl wegen des Erfordernisses der Einstimmigkeit ein Hinderniß ihres Einflusses lag;[l]) auch scheint die Ausschließung der Patricier von dem Amt wieder aufgehoben worden zu sein.[m])

Dionysius erzählt, daß überdieß den insolventen Schuldnern ihre Schulden erlassen, die schon in die Schuldknechtschaft Addicirten befreit worden seien, ein Eingriff in die Privatrechte aus politischen Rücksichten, welcher eine Folge davon war, daß die dadurch Verkürzten ihre politische Stellung zur Erwerbung und Ausdehnung dieser Rechte gebraucht hatten; sie wurden mit ihrem eigenen Maße gemessen.[n]) Zugleich erwähnt er, man habe versprochen, das Schuldrecht künftig gesetzlich neu zu ordnen. Dieß darf als die erste Hindeutung auf die Gesetzgebung der Zwölf Tafeln angesehen werden.

LIII. Auf dem Punkt, den das Verhältniß der beiden Stände erreicht hatte, konnte es nicht stehen bleiben. Wozu hätten die Tributcomitien ihre neue

f) Liv. II 33.

g) Zwei waren die Vorsteher des Collegiums, darum werden von manchen Autoren nur zwei erwähnt, Liv. II 58. Vgl. Ascon. in Cornelianam (Orell. p. 76). [Vgl. Mommsen Staatsrecht II (1877) S. 263].

h) In dem Magistratus läßt sich eine doppelte Macht unterscheiden: die positive Verwaltung der ihm anvertrauten Staatsangelegenheiten, und die Macht, Acte der ihm gleichstehenden und geringeren Magistrate durch seinen Einspruch zu verhindern. Die Tribuni Plebis hatten nur das letztere Recht (wenn auch in anderer Form), und zwar in großer Ausdehnung, man könnte sie daher halbe Magistrate nennen. Vgl. noch unten § 79. [Mommsen römisches Staatsrecht I (1876) S. 245 ff., II (1877) S. 279 ff.]

i) Dionys. VII 17. Das erste Beispiel einer solchen Anklage war die des Coriolan, Dionys. VII 64. [Vgl. Mommsen Staatsrecht I S. 137 ff. II S. 287 ff.]

k) — bini ex singulis classibus — Liv. III 30, der dieß freilich erst für das J. 297 anmerkt.

l) Jeder Tribun hatte das Veto gegen seinen Collegen so gut, wie gegen andere Magistrate. Die Stellen, wodurch man darthun will, daß früher die Pluralität der Stimmen entschieden habe (Walter Gesch. d. R. R. S. 89. 101), enthalten dieß nicht.

m) Unter den Tribunen des Jahres 306 waren zwei Patricier, Liv. III 65.

n) Dionys. VI 83. Cicero (de rep. II 34) beklagt nur, daß man dieses Mittel nicht zeitig genug angewendet habe, um dadurch dem Wachsthum der plebejischen Macht zuvorzukommen.

Function, die Fähigkeit einer Initiative für die Gesetzgebung erlangt, wenn sie nicht für die weitere Entwickelung der Verfassung hätten davon Gebrauch machen sollen? Und zu diesem Gebrauch forderte die Lage der Dinge in wesentlichen Punkten auf. Die Gesetze über die Gewalt der Consuln waren unbestimmt und gaben der Willkür einen gefährlichen Spielraum; die Ungewißheit ihrer Grenze machte auch den Schutz der Tribunen unzulänglich. Ein Zustand, wo der Regierende nur beschränkt ist durch das mögliche Veto einer andern Behörde, das am Ende in vielen Fällen umgangen werden kann, wird niemanden als eine weise Ordnung erscheinen, er enthält gewissermaßen eine Herausforderung für den Regenten, seine Befugnisse aufs Aeußerste zu treiben. Freilich war die Plebs ihrer Macht bei der Secession, die ja im Nothfall wiederholt werden konnte, inne geworden; aber stets das extreme, dem Privatwohlstand, wie dem öffentlichen verderbliche Mittel in Aussicht zu haben, mußte jedem wohlgesinnten, rechtlicher Ordnung geneigten Plebejer als eine Calamität erscheinen. Auf den Senat hätte die Plebs vertrauen können, nicht sowohl weil einige Plebejer darin saßen, als weil die Politik seiner Majorität eine gemäßigte und wohlmeinende war, aber die Weisheit des Senats war durch Leidenschaft, Verblendung und Privatinteresse der übrigen Glieder des Patricierstandes (der iuniores patrum) allzuhäufig in ihrer Wirkung gehemmt.

Erschien somit das eigentliche öffentliche Recht unvollkommen, so gab das Privatrecht, und was sich demselben anschloß, theils durch seine Ungleichheit, theils ebenfalls durch manche Unbestimmtheiten zu Beschwerden Anlaß. Die vornehmeren Plebejer waren durch die Ausschließung des Connubiums zwischen ihnen und den Patriciern gekränkt, eine Ausschließung, die ursprünglich ein rein politisches Fundament gehabt hatte und darum inoffensiv gewesen war, die aber in der gegenwärtigen Verfassung nur aus Standeshoffahrt beibehalten, und eine Geringschätzung des zweiten Standes in sich zu tragen schien. Die Geringeren dagegen waren durch die Härte des Schuldrechts, bei dem überdieß der Willkür des Gläubigers allzuviel überlassen war, bedrückt. Höhere und niedere litten durch die Ausschließung von der possessio am ager publicus, die wir wohl in dieser Zeit noch als bestehend annehmen dürfen, und die um so unbilliger erachtet wurde, als denen, welche die öffentlichen Lasten größtentheils trugen, ein Antheil an dem nicht zu versteuernden Besitz wohl zu gönnen war, an Ländereien überdieß, die mit ihrem Blut in beschwerlichen Kriegen erworben wurden. Assignationen, die von Zeit zu Zeit vorkamen, waren kein Ersatz, theils weil das assignirte Land steuerbar, theils weil die Wohlthat nur auf die Aermsten berechnet, und gewöhnlich mit der Ausführung in eine Colonie zu militärischen Zwecken, also mit der Auflegung eines gefährlichen Dienstes verbunden war, theils endlich, weil die Assignationen sparsam sein mußten, wenn nicht dem Staat ein bei rechter Benutzung zur Erleichterung der bürgerlichen Lasten selbst anzuwendendes Vermögen entzogen werden sollte.[a])

Dazu kam, daß die Rechtspflege rein in den Händen der Patricier war, die Einleitung der Processe gehörte vor den Consul, die Untersuchung und Entscheidung vor die patricischen iudices decemviri, rechtlichen Rath gaben die patricischen Pontifices. Das materielle Recht war kein Geheimniß, es beruhte auf der gemeinsamen Ueberzeugung des Volks, aber die Wirksamkeit und Geltendmachung desselben hing von Formen ab, die der einfache Bürger nicht oder

a) Liv. IV 36: — spes — vectigali possessoribus agrorum imposito, in stipendium militum erogandi aeris. Vgl. Niebuhr II 187.

nicht bis zu sicherer Handhabung kannte, und zum Theil wegen des Einflusses des ius sacrum nicht kennen konnte. Und zuletzt war er immer noch auf den guten Willen des entscheidenden Richters, der ihm vielleicht als politischer Gegner gegenüberstand, gewiesen.

Aus allem diesem erklärt sich, wie nach der Secession in der Plebs der Gedanke einer gesetzlichen Aufzeichnung des Rechts entstand, der bald in einen allgemeinen Wunsch, in eine feste Ueberzeugung, daß darin ein Heilmittel für jene Beschwerden zu finden sei, überging, und der endlich durch das Organ der Tribunen und Tributcomitien eine dringende Forderung an die Patricier ward. Die feste Bestimmung des Rechts mußte unter jenen Umständen schon für sich und abgesehen von ihrem Inhalt als ein Vortheil erscheinen, denn in Zeiten politischer Gährung und Mißtrauens enthält der Buchstabe eine gewisse Garantie; aber die Plebs konnte von einer solchen Aufzeichnung auch manche materielle Aenderungen in dem Rechtszustand erwarten, denn man entschließt sich leichter zu einer Aenderung, wenn es einmal zu einer neuen Festsetzung des Ganzen gekommen ist, und manche unbillige Härte wird auch der sich scheuen mit dürren Worten auszusprechen, den bei ihrer stillschweigenden Uebung kein Bedenken anwandelt. Dieser Plan mochte schon seit der Secession vergeblich agitirt worden sein, als endlich der Tribun Terentillus die Tributcomitien im J. 292 beschließen ließ: ut quinque viri creentur legibus de imperio consulari scribendis,[b] ein Beschluß, der in dem Gegenstand beschränkt, dagegen nach der Fünfzahl zu schließen, auf eine Uebertragung des Geschäfts an Plebejer gerichtet war; es wurde das Größere gefordert, um das Billige zu erlangen. Die Rogation wurde von dem Senat abgelehnt, aber im folgenden Jahr von demselben Tribun erneuert: auf die Abfassung eines Gesetzbuchs für das öffentliche und Privatrecht durch decemviri.[c]

Einzelne Versuche waren in dieser Zeit gemacht worden, die Plebs in Beziehung auf jene Beschwerden durch Concessionen zu beschwichtigen. Eine sehr bedeutende Ackeranweisung aus neu erobertem Land und älterem Staatseigenthum, verbunden mit gewissen beschränkenden Bestimmungen für den patricischen Besitz des Gemeinlandes, war im J. 268 erfolgt durch das Gesetz des Cassius, eines weiter als die Meisten seiner Standesgenossen blickenden, und darum von ihnen gehaßten Patriciers. Sodann ist vielleicht die lex pinaria in diese Zeit zu setzen,[d] welche den Parteien in gewissen Rechtssachen (namentlich Schuldhändeln) gestattete, einen Richter zu nehmen, dem der Magistrat die Entscheidung zuwies, statt sie dem ständigen Gericht der Decemvirn zu überlassen. Die Bedeutung des Gesetzes liegt in der Ausschließung dieses von der Wahl des Magistrats und der Parteien ganz unabhängigen Gerichts, und in dem Anfang des Rechts, welches Cicero mit den Worten beschreibt: neminem voluerunt maiores nostri esse iudicem nisi qui inter adversarios convenisset.[e] Unbeschränkt aber war die Wahl gewiß nicht; nur ist nicht glaublich, daß ein solcher Richter hätte aus den Decemvirn selbst genommen werden müssen.[f] Dem, was für die spätere Zeit beglaubigt ist, entspricht, daß wir annehmen, der Richter der Lex Pinaria sei aus dem Senat genommen worden.

---

b) Liv. III 9. *c*) Liv. III 10. Dionys. X 1.

d) 282 nach Huschke's Vermuthung: Verf. des Servius S. 595 f. Note.

e) pro Cluent. 43.

f) Wie die glauben, welche bei Gajus (IV 15) lesen wollen dabatur *ex decemviris* XXX iudex. [Vgl. § 49 d.]

Auch dem Recht der Magistrate, den Ungehorsamen eine Geldbuße aufzulegen, wurde eine Schranke gesetzt. Die Geldbuße wurde in Schafen und Rindern ausgesprochen, der Magistrat begann mit der Auflage eines Schafs, bei fortdauerndem Ungehorsam fügte er ein zweites hinzu, weiter ein Rind, und so fort bis zu dreißig Rindern, darum hieß die Buße multa, ein Name, den nach Varro die Bauern zu seiner Zeit von dem Nachfüllen des Weins gebrauchten. Jenen Sinn hat es, daß zwei Schafe und dreißig Rinder als die suprema und maxima multa bezeichnet werden.[g]) Dieses Maß wird in einigen der angeführten Stellen einem Gesetz der Consuln Menenius und Sestius zugeschrieben, nachher sei durch die Lex Tarpeja (oder Aternia, das Gesetz der Consuln Tarpejus und Aternius) der Werth in Geld angeschlagen worden, ein Schaf zu zehn, ein Rind zu hundert Asses; in andern Stellen wird das letztere Gesetz v. J. 300 für die Einführung des Maßes selbst citirt. Das Consulat des Menenius und Sestius fällt übrigens nicht früher, sondern später, in das Jahr 302. Die Sache verhält sich wahrscheinlich so. Die zwei Schafe und dreißig Rinder gelten von Alters her als suprema multa, der Anschlag in Geld war aber gesetzlich nicht bestimmt, und lag daher in der Willkür der Magistrate;[h]) so war jenes Maß ein illusorisches. Diese Willkür wurde am Anfang des vierten Jahrhunderts durch einen gesetzlichen Anschlag beseitigt, und dadurch in der That erst ein bestimmtes Maß festgesetzt, welches einige und zwanzig Jahre nachher durch ein Gesetz der Consuln Papirius und Julius (324) mittelst eines geringeren Anschlags der Schafe und Rinder erniedrigt ward. So erklärt sich, warum das Maß der Multa dem tarpejischen oder aternischen Gesetz, und auch einer früheren Zeit zugeschrieben werden konnte; beide Behauptungen sind in einem gewissen Sinn wahr.

Alles dieses aber war unfähig, das Verlangen der Plebs nach jener umfassenden Gesetzgebung zu unterdrücken. Die Patricier verstanden sich endlich zu dem lange verzögerten Unternehmen. Ein neuer, von Patriciern gebildeter Magistrat wurde im J. 303 eingesetzt; decemviri legibus scribundis traten mit Aufhebung des Consulats und Tribunats an die Spitze der Regierung, um dem öffentlichen und Privatrecht eine neue Form zu geben. Noch in demselben Jahre legten sie dem Volk ein Gesetzbuch auf zehn Tafeln vor, welches, so wie ein Nachtrag auf zwei Tafeln im folgenden Jahr, von den Comitien angenommen wurde. Dieß ist das Gesetz der Zwölf Tafeln (lex decemviralis, duodecim tabularum, δωδεκαδέλτος), die Grundlage für die fernere Bildung des römischen Rechts, fons omnis publici privatique iuris, wie es Livius nennt.

Die Zwölf Tafeln.

LIV. Der Charakter des Zwölftafelgesetzes ist oft unrichtig aufgefaßt

---

g) Cic. de republ. II 35. Festus vv. ovibus duobus, peculatus. Paul. Diac. ex Festo v. maximam multam. Gellius XI 1. Plin hist. nat. XVIII 3 (cautum quippe est, ne bovem prius quam ovem nominaret, qui indiceret multam). Vgl. Niebuhr II 341 f. Dreißig Schafe und zwei Rinder bei Dionysius (X 50) sind eine ungeschickte Verbesserung des Historikers oder seiner Abschreiber, welche dieses Verhältniß der beiden Viehharten für natürlicher hielten; eben so ungeschickt ist die Erklärung des Gellius aus der Seltenheit der Schafe. Festus (Ovibus duobus multabantur apud antiquos in minoribus delictis, ut in maioribus XXX bobus, nec hunc ultra numerum excedebat multatio) ist nicht von einer Wahl zwischen 2 Schafen und 30 Rindern zu verstehen, sondern von dem Fortschreiten und Anwachsen der Buße bei hartnäckigem und daher strafbarerem Widerstand, stimmt also mit der im Text gegebenen Darstellung überein. [Vgl. Mommsen Staatsrecht I (²1876) S. 151. Huschke Multa S. 31. 46. 88.]

h) Angedeutet von Gellius a. a. O.

worden, weil man weniger in die Bedürfnisse und Anschauungen jener Zeiten sich zu versetzen bemüht, als die Ansichten und Bestrebungen der Gegenwart auf das Gesetz zu übertragen versucht war. Je nach dem Ideal, welches man sich von einem Gesetzgeber machte, haben die Einen den Decemvirn die Einführung eines ganz neuen Rechts, mit Benutzung philosophischer Wahrheiten und fremder Gesetzgebungen, zugeschrieben, während Andere sie für bloße Sammler der bestehenden Gesetze und Rechtsgewohnheiten hielten. Weder das eine noch das andere enthält die Wahrheit.

Vor allem war es nicht die Aufgabe der Decemvirn, fremdes Recht in Rom einzuführen. Die alten Geschichtschreiber erzählen von einer die Gesetzgebung vorbereitenden Sendung nach Athen, um die solonischen Gesetze zu holen, und in andere griechische Städte, um deren Einrichtungen und Rechte kennen zu lernen,[a]) so wie von einem Ephesier Hermodorus, der den Decemvirn diese fremden Gesetze ausgelegt habe.[b]) Der fremde Ursprung einiger besonderer Vorschriften wird von den Römern anerkannt; so sagt Cicero von dem solonischen Gesetz über die Leichenfeier und ihre Beschränkung: quam legem iisdem prope verbis nostri viri in decimam tabulam coniecerunt,[c]) von dem Gesetz über Collegia meint Gaius, es scheine aus der Gesetzgebung Solons genommen zu sein.[d]) Nichts ist natürlicher, als daß die griechischen Schriftsteller diesen Einfluß vergrößerten, Dionysius giebt griechisches und einheimisches Recht als die Bestandtheile des Gesetzbuches an, indem er den griechischen voranstellt;[e]) um so größeres Gewicht hat desselben Autors Aeußerung, das Gesetz sei höchst verschieden von den griechischen Gesetzgebungen und vorzüglicher als diese,[f]) was Cicero noch stärker in den Worten ausdrückt, das lycurgische, draconische, solonische Recht sei gegen das der Zwölf Tafeln gehalten inconditum ac paene ridiculum.[g]) Anders haben Spätere die Sache betrachtet, ein sehr unwissender Schriftsteller des vierten Jahrhunderts unserer Zeitrechnung, S. Aurelius Victor,[h]) glaubt, es sei so ziemlich der ganze Inhalt der Zwölf Tafeln griechisches Recht, und es hat bis auf die neuere Zeit Gelehrte gegeben, welche dieß, wenigstens mit einer gewissen Ermäßigung, nicht für unglaublich gehalten haben.

Der Einfluß fremder Gesetzgebungen reducirt sich auf einige Bestimmungen, die willkürlicherer Natur und darum von den eigenthümlichen Rechtsansichten eines bestimmten Volks unabhängiger sind. Das Privatrecht namentlich ist von jener Zumischung sicher frei geblieben. Wenn man sich auf allgemeine Aehnlichkeiten einzelner Rechtssätze für die entgegengesetzte Ansicht

---

a) Liv. III 31. 32. Servius in Virg. Aen. VII 695.

b) Plin. hist. nat. XXXIV 11. Pompon. L. 2 § 4 D. de orig. iur. (1. 2).

c) Cic. de leg. II 25.

d) L. 4 D. de colleg. (47, 22). Noch vorsichtiger drückt er sich aus bei dem Recht der Grenzen L. 13 D. fin. reg. (10, 1). [In gleicher Weise scheinen die beiden singulären Rechtssätze der 12 Tafeln über den Uebergang der Gefahr mit dem Abschluß des Kaufs (§ 3 I. de emt. 3, 23) und den Eigenthumsvorbehalt bis zur Entrichtung des Kaufpreises (§ 41 I. de rer. div. 2, 1) aus dem griechischen Recht herübergenommen. Sie finden sich im Rechtslexicon des Theophrastos, von welchem Cicero fin. V, 4. 11 sagt ‚omnium fere civitatum, non Graeciae solum, sed etiam barbariae . . . a Theophrasto leges cognovimus', aus welchem sie in Stobäus ἀνθολόγιον Tit. 44 περὶ νόμων καὶ ἐθῶν als Fragment 22 (II p. 167 Meineke) aufbewahrt sind. Vgl. Franz Hofmann Beiträge zur Geschichte des griechischen und römischen Rechts (1870) S. 45 f. S. 78. Die Römer führen sie daher mit Recht auf das ius gentium zurück. — Ueber andere griechische Rechtssätze in den zwölf Tafeln vgl. daselbst S. 19—33. R.]

e) Dionys. X 57. *f*) XI 44.

g) de orat. I 44. *h*) de viris illustr. 21.

berufen hat, so hat man vergessen, daß solche Aehnlichkeiten zwischen den Rechten aller Völker vorkommen; die zwischen den Rechten der stammverwandten Griechen und Römer fordern eben darum noch weniger zur Annahme einer absichtlichen Mittheilung auf. Eher bedürfte es einer Erklärung, warum diese Verwandtschaft auf das Recht einen so unbedeutenden Einfluß gehabt hat, warum sie hier so viel weniger sichtbar ist, als in der Sprache, von der noch niemanden in den Sinn gekommen ist, zu behaupten, sie sei durch Gesandtschaften geholt werden.

Die Aufgabe der Decemvirn war, das bestehende Recht aufzuzeichnen, aber auch einzelne Veränderungen in demselben, namentlich in politischen Rücksichten und zum Vortheil der Rechtsgleichheit unter den beiden Ständen vorzunehmen. Das erste lag in der Absicht beider Stände, in vielen Punkten hatten die Plebejer weniger eine Neuerung, als eine Garantie des Vorhandenen durch ausdrückliche Festsetzung zu wünschen. Darin hatten sich denn auch die Patricier nachgiebig finden lassen, es war patricisches Interesse, diese Richtung möglichst festzuhalten; von den meisten Bestimmungen der Zwölf Tafeln dürfen wir annehmen, daß sie schon vorher in Rom gegolten haben. Das zweite, die Reform, war das Verlangen der Plebejer bei vielen Rechtssätzen. Manches erreichten sie: genaue Bestimmung mehrerer nach bisherigem Recht dem Ermessen der Behörden überlassener Punkte, Milderung des bestehenden Rechts, wie bei der Execution gegen insolvente Schuldner, Einführung eines Zinsfußes. Das Verzeichnete sollte für beide Stände gleichmäßig gelten, soweit nicht eine besondere Ausnahme gemacht ward; schon diese Mittheilung manches Rechts zwischen den Ständen mußte Modificationen in der Gestaltung solcher Rechtsinstitute mit sich führen.

Das Gesetz erstreckt sich über öffentliches und Privatrecht. Die Fragmente, die uns daraus überliefert sind, betreffen größtentheils das letztere, sodann das damit in Verbindung stehende gerichtliche Verfahren, welches der Willkür der Magistrate entzogen werden sollte, und das ius sacrum, soweit es einer Veröffentlichung fähig war; wenige gehören dem Staatsrecht an. Daraus kann nicht auf das Verhältniß dieser Rechtstheile in dem Gesetz selbst geschlossen werden. Der größte Theil der Verfassungsbestimmungen war zur Zeit der Schriftsteller, in deren Schriften jene Fragmente vorkommen, eine reine Antiquität, nicht wenige von ihnen mögen nie in Wirksamkeit getreten sein.[i]) Mit dem Privatrecht der Zwölf Tafeln dagegen blieben auch die bedeutendsten späteren Aenderungen desselben in fortwährendem sichtbaren Zusammenhang; jene Schriftsteller waren mehr auf die privatrechtlichen als auf die politischen Festsetzungen des Gesetzbuchs Rücksicht zu nehmen veranlaßt, Cicero selbst sagt: totam civilem scientiam, descriptis omnibus civitatis utilitatibus ac partibus, duodecim tabulis contineri,[k]) und vielleicht darf man sich deshalb auch auf Ausonius berufen: Ius triplex, tabulae quod ter sanxere quaternae: Sacrum, privatum, populi commune quod usquam est.[l]) Eine gewisse Vollständigkeit der Aufzeichnung war in Beziehung auf öffentliches und Privatrecht, namentlich bei dem letzteren beabsichtigt; der Natur der Sache gemäß konnte sie nur annähernd erreicht werden, sehr vieles blieb unaufgezeichnet als ungeschriebenes Recht stehen.

Die Stelle, welche die Gesetzgebung der Zwölf Tafeln durch ihren Inhalt in der Geschichte des römischen Rechts einnimmt, läßt sich so bezeichnen.

---

i) S. unten § 56. *k*) de orat. I 43. *l*) Idyll. XI 61. 62.

Es ist in der ersten Periode ausgeführt worden, wie das öffentliche ursprünglich das Privatrecht verschlang, wie dieses ein von jenem durchaus abhängiges Dasein in der Form des ius sacrum erhielt, wie das Privat- oder quiritische Recht in den Plebejern von der Herrschaft des öffentlichen sich zu befreien anfing, und endlich als ein selbständiges, in dessen Kreis auch die Patricier eintraten, sich geltend machte. Diese Entwickelung des Privatrechts zur Selbständigkeit, und das Zurücktreten des öffentlichen mit dem heiligen Recht in sein eigenes Gebiet, ist durch das Gesetz der Zwölf Tafeln zum formellen Abschluß gebracht worden. Sein Charakter aber, wie der eines jeden wahren Abschlusses, liegt nicht vorzugsweise darin, daß eine Vergangenheit mit ihm zu Ende geht, sondern daß es der Anfang einer Zukunft ist: von ihm an beginnt die Ausbildung des reinen Privatrechts, durch welche das römische Volk eine Wirkung auf eine unberechenbare Nachwelt ausübt, und für die jenes Gesetz der vielfach überbaute, aber fortwirkende Grund bis auf die späteren Zeiten geblieben ist.

LV. Die Bedeutung des Gesetzes läßt sich weniger aus den Ueberbleibseln, die sich uns erhalten haben, erkennen, als aus den allgemeinen Nachrichten über dasselbe und sein Ansehen bei den Römern ahnen. Weder das Original noch eine Abschrift ist uns überliefert. Das Gesetz war auf ehernen Tafeln öffentlich aufgestellt. Gewöhnlich nimmt man an, diese Tafeln seien bei der Eroberung der Stadt durch die Gallier, also etwa sechzig Jahre nach der Promulgation, zerstört und später wiederhergestellt worden. Livius, auf den man sich dafür beruft, spricht so, daß man aus seinen Worten ebensowohl das Gegentheil entnehmen kann.[a]) Wenn man eine Aeußerung Cyprian's[b]) wörtlich verstehen dürfte, so wären sie noch im dritten Jahrhundert auf dem Forum aufgestellt gewesen; daß sie damals noch existirten, ist ohnedieß wahrscheinlich. Von da an verschwinden alle Spuren.[c]) Der Inhalt des Gesetzes

---

a) VI 1: In primis foedera ac leges (erant autem eae duodecim tabulae et quaedam regiae leges) *conquiri quae comparerent iusserunt.*

b) Ep. 2, 4 ad Donat. de gratia dei (Amstel. 1700 p. 5).

c) Die Angabe des Odofredus († 1265) in Dig. vet. L. 6 de iust. et iure (1, 1), daß von den zwei letzten Tafeln etwas im Lateran zu Rom erhalten, aber schwer zu lesen sei, gründet sich ohne Zweifel auf die Entdeckung irgend eines andern alten Gesetzbruchstücks, von der jener Jurist eine oberflächliche Kunde erhalten hatte. [Der Verf. übersieht, daß noch im fünften Jahrhundert zwischen 462 und 466 die zwölf Tafeln von dem Juristen und Poeten Leo, dem Urenkel Fronto's in Narbonne erläutert wurden: vgl. Sidonii Apollinaris elogium Narbonis (carm. XXIII) pag. 446 f. „sive ad doctiloqui Leonis aedes, | quo bis sex tabulas docente iuris | ultro Claudius Appius taceret | claro obscurior in decemviratu." Ferner: daß der Presbyter Salvian, welcher noch 496 im gesunden Greisenalter in Marseille lebte, der zwölf Tafeln so gedenkt, daß man nicht wohl mehr zweifeln kann, sie seien noch damals auf dem Forum von Carthago aufgestellt worden, vgl. Salvian. de gub. Dei 8. 5, ‚intra Carthaginem vero apparere in plateis et compitis Dei servos sine contumelia atque execratione vix licuit. Persecutionem hoc quidem fuisse non putant, quia non et occisi sunt. Sed in urbe illa non tam hominum fuerunt haec beneficia quam legum. Interfici enim indemnatum quemcunque hominem etiam XII tabularum decreta vetuerunt. In quo agnoscitur, quod magna illic praerogativa dominicae religionis fuit, ubi ideo tantum servis Dei licuit evadere, quia a pagano iure defensi sunt ne Christianorum manibus trucidarentur.' Auf dieser Stelle mag, wie schon Dirksen vermuthete, folgender Bericht eines Marseiller Bischofs bei Balduinus praef. libr. II in leges Romuli et leges XII tabularum. Basil. 1537 beruhen: ‚audio ante annos octingentos scriptum abs quodam episcopo Massiliensi librum fuisse, in quo cum probare vult Romanos a Graecis et Graecos a Iudaeis suas leges repetiisse, magnam XII tabularum partem describit et recitat. Sed eum quoque librum qui habet supprimit.' Noch unbestimmter lautet der Bericht in Nicolaus Antonius biblioth. Hispana vet. VI, 14, 350

war in Rom vollständig und genau bekannt. In Cicero's Jugendzeit noch lernten es die Knaben auswendig, in seinem Alter war diese Sitte abgekommen. Die Abschriften desselben waren wohl nicht diplomatisirt, sie mögen sich unabsichtlich nach und nach im Ausdruck und der Schreibart modernisirt haben. Römische Alterthumsforscher und Juristen haben es commentirt, aber auch kein solcher Commentar ist auf uns gekommen, nur einige Bruchstücke aus solchen haben sich erhalten.[d]) Aber die Zwölf Tafeln werden von juristischen und nichtjuristischen Schriftstellern häufig allegirt, und einzelne Sätze daraus mitgetheilt, theils so, daß bloß der Inhalt der Bestimmung referirt wird, theils so, daß die Worte des Gesetzes abschriftlich mitgetheilt werden. Diese Citate sind an sich vollkommen glaubwürdig, denn die Einsicht in das Gesetz oder eine Abschrift desselben stand jedem offen, nur ist bei den wörtlichen Anführungen nach der Freiheit, welche die Alten sich hier zu nehmen gewohnt waren, mit Ausnahme der Grammatiker, soweit sie einen Satz daraus um der Sprache willen citirten, nicht immer ein diplomatisches Gewicht zu legen.

So sind etwa über hundert Fragmente aus den Zwölf Tafeln in den alten Autoren zerstreut, größere und kleinere, bei weitem nicht alle wörtlich, häufig nur den Sinn des Satzes angebend.

Aus diesen Ueberbleibseln hat man seit dem sechzehnten Jahrhundert versucht, das Gesetz zu restituiren. Zuerst begnügte man sich, diese Fragmente zu sammeln und in einer beliebigen Ordnung zusammenzustellen, dann suchte man sie auch in die Reihe zu bringen, in welcher sie in dem Gesetz selbst gestanden haben mögen.[e]) Unter diesen Versuchen ist besonders berühmt das Werk von Jacobus Gothofredus,[f]) welches, ausführlicher und äußerlich sorgfältiger, als seine Vorgänger, diese verdrängt und eine so große Autorität sich verschafft hat, daß einige, besonders nichtjuristische Gelehrte den Inhalt dieser zum Theil willkürlichen Restitution in gutem Glauben für den authentischen Text der Zwölf Tafeln gehalten haben.

Die meisten der unzähligen Sammler und Restitutoren haben sich ge-

---

(I. p. 518 der Ausgabe von 1788) ‚ante annum millesimum aut circiter dominus Petrus de Grañon coenobita erat in S. Aemiliani ut vocant monasterio . . . Reliquisse hunc Petrum in eo monasterio nuntiatum nobis fuit volumina duo ‚Leges Gothorum et Regum' inscripta, quorum prius LXIII, posterius vero LXVII capitibus absolvitur. In principio elogium posuit auctor legum XII tabularum, quas omnes carmine latino comprehendit . . . Codex prae nimia vetustate aliquot iam foliis non legitur . . . Habemus id totum ex relationibus ad nos missis ab eodem monasterio. R.]

d) Drei aus dem Commentar des Antistius Labeo bei Gellius (N. A. I 12. VII 15. XX 1), zwanzig aus dem des Gaius in den Digesten Justinians.

e) Eine sehr gründliche Arbeit über diese Restitutionsversuche ist Dirksen Uebersicht der bisherigen Versuche zur Kritik und Herstellung des Textes der Zwölf-Tafel-Fragmente 1824. [Die neuere Zwölftafelliteratur s. bei Klotz Handbuch der lat. Literaturgeschichte 1846, S. 328. Schoell legis duodecim tabularum reliquiae 1866 p. 21. Schölls sauberer, kritisch-philologischer Arbeit — eine von der philosophischen Facultät zu Bonn gekrönte Preisschrift — gebührt darunter unbestritten der erste Platz. Sie vervollständigt nicht allein die Ziffer der Bruchstücke, z. B. durch Aufnahme des Decemviralkalenders in die elfte Supplementartafel und mehrerer anderer bisher übersehener Fragmente p. 57—69, sondern auch die Zeugnisse für die bereits bekannten Gesetze. Ihr wichtigstes Verdienst aber besteht in der sorgfältigen Kritik der überlieferten Bruchstücke durch Anwendung der allgemeinen Gesetze des Sprachgebrauchs der Zwölf Tafeln p. 72—112 und mit Hülfe des Aufschwungs, welchen die grammatischen Studien der älteren Sprache neuerdings genommen haben. R. — Die neueste Zusammenstellung der Fragmente giebt Bruns Fontes S. 14 ff.]

f) Fragmenta XII tabularum suis nunc primum tabulis restituta, Heidelb. 1616. 4., verbessert in Quatuor fontes iuris civilis, Genev. 1653. 4. (auch in Otto thesaurus iur. civ. Tom. III).

wisser Fehler schuldig gemacht, vor deren Folgen man sich bei der Benutzung ihrer Arbeiten zu hüten hat. Sie haben unächte Fragmente aufgenommen, indem sie Citate aus andern Gesetzen fälschlich auf die Zwölf Tafeln bezogen, oder Bemerkungen der Commentatoren für den Text des Gesetzes hielten, oder Folgerungen aus dem Gesetz in dieses hineinsetzten, oder durch die bloße Meinung, ein gewisser Rechtssatz gehöre dem alten Recht an, sich verleiten ließen, ihn ohne weiteren Grund in ihre Restitutionen aufzunehmen. Manche haben ohne weiteres den Gesetzentwurf, den Cicero in seinem Werk de legibus macht, für eine Abschrift des Gesetzes gehalten und in ihre Zusammenstellungen herübergenommen, während sie in Beziehung auf die ächten Bruchstücke desto unvollständiger sind. Dazu kommt dann der Versuch, für die Sätze, die nicht wörtlich überliefert sind, alterthümliche Gesetzesworte zu fingiren, eine Spielerei, die keinen Werth hat.[g]) Dieser Versuchung ist auch Jacobus Gothofredus erlegen, der von jenen andern Fehlern sich größtentheils frei gehalten hat; anders Dirksen, dessen Sammlung als solche wenig zu wünschen übrig läßt.

Schwieriger ist die Aufgabe, die Fragmente in ihre ursprüngliche Ordnung zu bringen. Es giebt dafür mehrere Hülfsmittel. In einigen wenigen Fällen geben die Citirenden die Tafel an, auf welcher der Satz stehe.[h]). Das hauptsächlichste Hülfsmittel gewähren die Ueberbleibsel aus den sechs Büchern des Commentars des Gaius, insofern anzunehmen ist, daß eine von dem Commentator an einem früheren oder späteren Ort behandelte Materie auch in dem Gesetz vor oder nach gestanden habe. Durch die Aehnlichkeit der Ordnung des prätorischen Edicts mit der des Gesetzes geben die Zeugnisse für jene auch eine Vermuthung für diese. Einen Anhaltspunkt gewährt endlich der Umstand, daß die zehn ersten Tafeln ein Ganzes, die zwei letzten ein Nachtrag waren, wodurch indessen nicht ausgeschlossen ist, daß diese auch ganz neue, in den ersten übergangene Materien enthalten haben. Ueberdieß ist zu erwägen, daß von einem irgendwie wissenschaftlichen System, das die Decemvirn befolgt oder erfunden hätten, nicht die Rede sein kann. Sie begannen mit dem Act, durch den ein Rechtsstreit vorbereitet wird,[i]) und fügten eines um das andere, wie es einer natürlichen Anschauung sich ergab, hinzu.

Diese Hülfsmittel reichen höchstens hin, die Reihenfolge der Fragmente nothdürftig im Ganzen zu bestimmen, wobei es nicht an unzubeseitigender Ungewißheit im Einzelnen fehlt. Dessenungeachtet hat J. Gothofredus unternommen, mit diesem dürftigen Material sogar die Tafeln nachzuweisen, auf welchen die einzelnen Sätze sich befanden, also die Tafeln selbst zu restituiren; er kündigt diesen Versuch schon auf dem Titel seines Werks an, seine Nachfolger haben dieß nachgeahmt, die Möglichkeit des Unternehmens wurde keiner Untersuchung unterworfen.[k]) Er glaubt, von den sechs Büchern des Gaius

---

g) Ein Philolog, J. N. Funccius, hat dieser nutzlosen Beschäftigung in einem ausführlichen Werk sich hingegeben: Leges XII tabb. suis quotquot reperiri potuerunt fragmentis restitutae, 1744. 4. [Die alte Sprache wurde mit Ausnahme einzelner alter Kunstwörter im täglichen Gebrauch allmälig modificirt: Marius Victorinus p. 2458 § »Ita nostri ut apparet ex libris antiquis foederum et legum, qui etiamsi ex frequenti transcriptione aliquid mutarunt, tamen retinent antiquitatem.« Man kann daher nur restituiren, was die alten Grammatiker und Interpreten in ihren Abschriften gelesen haben. R.]

h) Dionys. II 27. X 60 Cic. de legib. II 4. Festus v. reus.

i) Aus der Art, wie Cicero a. a. O. das Gesetz: si in ius vocat erwähnt, ergiebt sich, daß damit die Zwölf Tafeln begonnen haben.

k) Vgl. Puchta Kleine civil. Schriften (1851) S. 57 ff.

habe jedes zwei Tafeln commentirt, jede Tafel, setzt er stillschweigend voraus, sei ein systematischer Abschnitt des Ganzen gewesen (wie er denn auch jeder gleich einem Kapitel eine besondere Ueberschrift giebt); diese Vorstellung hat Dirksen dadurch auf die Spitze getrieben, daß er, weil Gaius (angeblich) je zwei Tafeln in einem Buch verbunden habe, einen systematischen Zusammenhang unter jedem Tafelpaar annimmt. Alles dieses ist ohne Grund. Jede Tafel enthielt eine Anzahl leges, wonach das Gesetz citirt wurde,[l]), daß aber jede einen besondern Abschnitt des Rechts angefangen und beendigt habe, ist eben so sehr der Natur der Sache, als dem Beispiel anderer auf mehreren Tafeln verzeichneter Gesetze entgegen.

Gleichstellung der beiden Stände.

LVI. Der Decemvirat war keineswegs bloß zu einem vorübergehenden Dasein für die Zeit der Abfassung des Gesetzbuchs bestimmt. Die höhere Gewalt, daß von ihm keine Provocation stattfand, sollte dieser Magistrat nur bis zur Vollendung des Grundgesetzes besitzen; nachher sollte er fortdauern, und ohne Zweifel enthielten dieß die zwölf Tafeln selbst, aber mit Wiedereinführung der Provocation. Die Möglichkeit dieser war in dem Gesetz garantirt,[a]) welches auch aussprach, daß über das caput eines Bürgers, über Leben und Rechtsfähigkeit, nur von dem comitiatus maximus definitiv entschieden werden sollte.[b]) Der Volkstribunat sollte aufgehoben bleiben, dagegen ohne Zweifel zu dem Decemvirat auch die Plebs berufen werden.[c]) Mit der Abschaffung des Tribunats hätten die Tributcomitien ganz anders gestaltet werden müssen, es gab keinen plebejischen Magistrat mehr, sie zu halten, aber es ist wahrscheinlich, daß die Absicht der Decemvirn dahin ging, sie ganz aufzuheben und von den Particularcomitien nur die curiata Religions halber beizubehalten.

Der Plan war, die Plebs als einen politischen Stand verschwinden zu lassen, insoweit also den Begriff eines römischen Bürgers über den Gegensatz zwischen Patriciern und Plebejern zur Herrschaft zu bringen. Es wäre möglich, daß das Verbot der privilegia, welches die zwölf Tafeln enthielten, und das Cicero mit jenem Gesetz über den Comitiatus Maximus zusammenstellt,[d]) auch diesen Sinn gehabt hätte. Die Decemvirn suchten eine Ausgleichung der Stände einzuführen, die erst viel später wirklich erreicht worden ist; damals war die Zeit dafür noch nicht gekommen. Es war auch kein offener und ehrlicher Vergleich, den die Gesetzgeber vorlegten; die Absicht war, den plebejischen Stand zu beseitigen, die patricischen Vorrechte aber unter verschiedenen Formen bestehen zu lassen. Wie wenig Ernst es den Patriciern mit einer wirklichen Verschmelzung beider Stände war, zeigten die zwei letzten Tafeln, in welche die bisher bestehende Ausschließung des Connubiums zwischen Patriciern und Plebejern wieder aufgenommen ward; noch anderes ähnliche mögen sie enthalten haben, was Cicero veranlaßt, ihren Inhalt als iniquae leges zu bezeichnen.[e])

Eine solche Verfassung hatte keinen Anspruch auf Dauer: quem (statum

---

l) In secunda tabula secunda lege — Festus l. c.
a) Cic. de republ. II 31.
b) Cic. de republ. II 36. de leg. III 19. *c*) Niebuhr II 363 ff.
d) de leg. III 10. *e*) Cic. de republ. II 37.

rei publicae) dixi non posse esse diuturnum, quod non esset in omnes ordines civitatis aequabilis.[f]) Die willkürliche, gewaltthätige Regierung der Decemvirn des zweiten Jahrs, die sich in das dritte verlängerte, brachte die neue Verfassung auf dem kürzesten Weg zum Sturz. In Folge einer zweiten Secession der Plebs wurde 305 der Decemvirat abgeschafft. Consuln wurden erwählt,[g]) der Volkstribunat wieder hergestellt und durch ein Gesetz der Consuln Horatius und Valerius von neuem eingeschärft, daß kein Magistrat ohne Provocation mehr ernannt werden solle. Auch die Tributcomitien wurden wieder eingesetzt; dieß ist die Bedeutung der Lex Horatia oder Valeria: ut quod tributim plebs iussisset, populum teneret,[h]) deren Sinn besonders deswegen zweifelhaft geschienen hat, weil man ohne Grund annahm, es sei etwas ganz neues durch sie festgesetzt worden. Es wurde aber vielmehr nur der alte Zustand, wie er vor den Zwölf Tafeln war (§ 52), zurückgeführt. Wäre zugleich etwas neues darin festgesetzt worden, so würde es die Bestätigung der Plebiscita durch die Centurien betroffen haben; beseitigt aber ist diese Bestätigung schwerlich schon damals worden, wenigstens nicht für alle Fälle der Gesetzgebung. Das scheint gewiß, daß von hier an die Patricier wirklich an den Tributcomitien Theil nahmen und damit diese anfingen, allmählich den Charakter einer bloßen Standesversammlung factisch zu verlieren.

Noch eine andere Folge hatte diese Theilnahme, eine größere Annäherung der Einzelnen aus beiden Ständen. Mehr aber noch wurde die Annäherung, ja die Verschmelzung derselben vorbereitet durch das canulejische Gesetz, ein Plebiscit v. J. 309, wodurch das Connubium zwischen Patriciern und Plebejern, die Möglichkeit einer rechtmäßigen Ehe zwischen Gliedern der beiden Stände, eingeführt ward. Von da an entstanden Verschwägerungen der Patricier hauptsächlich mit den angesehenen plebejischen Familien, die nicht wenig dazu beitrugen, diese in den Augen ihrer bisherigen Gegner selbst zu heben und ihren Ansprüchen auf Gleichheit der politischen Rechte ein Gewicht zu verleihen.

Mit diesem Gesetz war eine andere Rogation verbunden: festzusetzen, daß auch Plebejer des Consulats fähig seien.[i]) Vielleicht wurde alternativ der Vorschlag gemacht, die höchste Obrigkeit, wie die Zwölf Tafeln sie constituirt hatten, als eine von Patriciern und Plebejern gemeinschaftlich gebildete wirklich einzuführen, an deren Stelle bisher der Consulat als eine Art von Provisorium getreten war. Die Patricier verwarfen beides, aber sie ließen zu, daß für einen Theil der consularischen Functionen tribuni militum consulari potestate gewählt würden, von deren Amt die Plebejer nicht ausgeschlossen sein sollten.[k]) Die Zahl dieser Consulartribunen war nicht genau bestimmt (anfangs drei, nachher abwechselnd vier, später nicht weniger als sechs); auch darin sollte die freiere, außerordentliche Natur dieses nach patricischer Ansicht der altgesetzlichen Ordnung widerstreitenden Amtes sichtbar werden. Die städtischen Functionen des höchsten Magistrats: Vorsitz im Senat, in den Comitien, Jurisdiction, Census, behielten die Patricier sich vor, indem sie fortwährend behaupteten, daß die Plebejer derselben aus religiösen Gründen unfähig seien.[l])

---

f) Cic. l. c.

g) Damals erhielten sie den Namen consules statt des früheren: praetores, Niebuhr II 408.

h) Liv. III 55. [Vgl. Mommsen Röm. Forschungen I S. 151 f.]

i) Liv. IV 1. *k*) Vgl. zu dem folgenden Niebuhr II 438 ff.

l) Liv. IV 6: interroganti tribuno: cur plebeium consulem fieri non oporteret? ut

Die Censur wurde 311 einem besondern Magistrat übertragen, zwei Censoren, die alle fünf Jahre gewählt werden, nach der Lex Aemilia v. 321 aber nur anderthalb Jahre das Amt führen sollten, da die Dauer der Gewalt durch das ganze Lustrum hindurch weder heilsam noch nothwendig schien.[m]) Das Amt der Censoren, den Census abzuhalten, welcher eine Schätzung des Staats in den Personen, die ihn bildeten, und ihrem Vermögen enthielt, war zunächst ein sehr mechanisches: Aufsicht über die Schreiber, welche die Verzeichnisse anlegten, Aufbewahrung der Verzeichnisse selbst, Abfassung der Tabellen (formulae), nach welchen die Angaben gemacht werden sollten.[n]) Dazu kam die Verwaltung des Staatsvermögens, Verpachtung der öffentlichen Ländereien und Einkünfte, Verding der öffentlichen Arbeiten. Aber der Gegenstand ihrer Thätigkeit war von der Beschaffenheit, daß es nur von den zu dem Amt Berufenen abhing, ihm eine unermeßliche Bedeutung zu verschaffen, und dieser Erfolg verfehlte nicht, einzutreten. Ja er hatte eben dazu geführt, die censorische Gewalt durch die Ernennung zweier Inhaber derselben zu mäßigen. Die Verzeichnung der Bürger nach ihren verschiedenen Ständen gab die Gelegenheit, einen Einfluß auf die politischen Rechte derselben zu üben, der, obwohl gemildert durch die Möglichkeit eines Einspruchs von Seiten des Collegen, und durch das Princip, daß jeder Magistrat mit Wirkung nur beschließen kann, was er selbst auszuführen die Macht hat, da kein anderer daran gebunden ist,[o]) dennoch die Censur mit großem Ansehen und ehrender Scheu umgab. Die Censoren hatten Aufsicht zu führen, daß kein Unberechtigter in die Reihe der Bürger, oder in einen Stand eindrang, dem er nicht angehörte; wer die zu seiner bisherigen politischen Stellung erforderlichen Eigenschaften verloren hatte, war zu entfernen, das Urtheil darüber stand bei den Censoren, und ihrem Ermessen öffnete sich hier ein bedeutender Spielraum. Nicht bloß der Mangel eines bestimmten gesetzlichen Requisits, sondern auch die Ueberzeugung von dem sittlichen Unwerth eines Bürgers konnte eine Ausschließung aus dem Senat, indem der Unwürdige bei der Aufzeichnung und Ablesung der Senatoren übergangen ward, ferner die Ausstoßung aus der Tribus (tribu movere), entweder so, daß der Ausgeschlossene nur in eine andere Tribus, oder unter die Zahl der Aerarier (§ 60) gesetzt ward, motiviren. Bei der Schätzung des Vermögens konnten theils einzelne Gegenstände, z. B. Luxusartikel, deren Besitz die Censoren mißbilligten, zu mehrfachem Werth angeschlagen und so die Steuer des Betroffenen erhöht werden, theils ebenso das ganze Vermögen.[p]) Endlich konnten die Censoren als moribus praefecti durch eine öffentliche Bemerkung eines Vorwurfs, der dem Bürger zu machen war, und durch Beischreibung derselben bei seinem Namen (subscriptio censoria) Vergehen gegen die Sittlichkeit und bürgerliche Ehrbarkeit rügen.[q])

Nicht unwahrscheinlich ist es, daß den Censoren ursprünglich auch die Jurisdiction bestimmt war. Die Lex Aemilia entzog ihnen diese, da ihr zu Folge in den letzten vierthalb Jahren eines Lustrums keine Censoren bestanden; die

---

fortasse vere, sic parum utiliter in praesens certamen respondit: quod nemo plebeius auspicia haberet. Das nämliche sei auch dem Connubium entgegengestellt worden: ideoque decemviros connubium diremisse, ne incerta prole auspicia turbarentur.

m) [Ueber die Censur vgl. im allg. Mommsen Staatsrecht II (1877) S. 319 ff.]

n) Liv. IV 8. *o*) So z. B. Liv. IV 31 vgl. 24.

p) Z. B. Liv. IV 24: tribu moverunt, octuplicatoque censu aerarium fecerunt.

q) S. vornehmlich Cic. pro Cluent. 42—48. Vgl. Niebuhr II 446 ff. Walter Geschichte des R. R. S. 152 ff. [Pernice Labeo I S. 242 ff.]

Jurisdiction kam nun an einen der Militärtribunen, der zum custos religionum, comitiorum, *legum, rerum omnium urbanarum* ernannt ward, und ohne Zweifel ein Patricier sein mußte. Endlich wurde für die Civiljustiz und die innere Verwaltung überhaupt, soweit dafür nicht andere Behörden vorhanden waren, ein eigener Magistrat mit dem alten Namen des Prätors eingesetzt, der zum Unterschied von den früheren Prätoren und in Erinnerung an das außerordentliche Amt des custos urbis, das er ersetzte,[r] praetor urbanus hieß. Die Entstehung der praetura urbana als eines eigenen Magistratus bringt Livius mit der Einführung des plebejischen Consulats (387) in Verbindung,[s] und darum pflegt auf dieses Jahr ihr Anfang gesetzt zu werden. Das wahre Verhältniß der Sache ist wohl folgendes. So lange der consularische Militärtribunat bestand, kommen von Zeit zu Zeit statt der Tribunen Consuln vor, anfangs häufiger, später seltener. Seit der Lex Aemilia wurde, wie bemerkt, die städtische Verwaltung einem der Militärtribunen übertragen, wenn aber Consuln statt derselben gewählt wurden, ward als ein dritter College der Consuln ein praetor urbanus ernannt;[t] daß zwei Inhaber des Regiments den Geschäften nicht genügten, war eine ausgemachte Sache. Diese Einrichtung wurde ständig, sowie der Consulat wieder ausschließlich an die Stelle des Militärtribunats trat.

LVII. Die Theilnahme der Plebejer an dem Militärtribunat war anfangs eine wirkliche gewesen, bald wurden die Wahlen ausschließlich auf Patricier zu lenken gesucht, gelang es nicht, so wurden sie unter Religionsvorwänden vernichtet, und Consuln traten ein, 385 läßt Livius einen Volkstribun sagen, daß seit vier und vierzig Jahren kein Plebejer mehr zu jener Stelle habe gelangen können.[a] Da erhob sich im Jahre 378 ein angesehener Mann aus der Plebs, C. Licinius Stolo, der den Kampf um den Consulat erneuerte und nach mehrjährigem hartnäckigen Widerstand 387 das Gesetz durchführte, daß der Militärtribunat abgeschafft sein, einer von den Consuln aus der Plebs gewählt werden sollte.[b]

In Folge der Eroberung der Stadt durch die Gallier war ein großer Theil der Plebs in Armuth und Verschuldung gerathen. Es schien billig, daß eine Calamität, die den Staat betroffen hatte, in ihren Folgen nicht bloß von einem Theil der Bürger getragen würde; jene Verarmung war als eine Kriegslast zu betrachten, die ausgeglichen werden sollte. Dazu mag sich den Führern der Plebs die Nothwendigkeit aufgedrungen haben, die Masse der ärmeren Glieder ihres Standes, welche bei der Theilnahme am Consulat persönlich wenig betheiligt waren, für die Interessen der Vornehmeren durch die Aussicht auf die materielle Verbesserung ihrer Lage zu gewinnen.[c] Es bedurfte aber zweier Maßregeln, um den Verarmten, auf welche die Folgen des Kriegs vornehmlich gefallen waren, Hülfe zu gewähren. Einmal mußte für die noch nicht abgezahlten Schulden gesorgt werden; dieß geschah so, daß die bezahlten Zinsen am

---

r) Niebuhr II 137. *s*) Liv. VI 42. VII 1.

t) Liv. l. c. — collegam consulibus atque iisdem auspiciis creatum.

a) Liv. VI 37.

b) Livius erzählt, daß die Volkstribunen, um den Widerstand der Patricier zu überwinden, fünf Jahre lang keine curulischen Magistrate hätten wählen lassen, die Verwaltung des Staats also diese lange Zeit hindurch still gestanden habe. Niebuhr aber (II 622 ff.) hat nachgewiesen, daß die gewöhnliche Zeitrechnung gerade diese fünf Jahre zu viel zählt, so daß also die Annahme des licinischen Gesetzes eigentlich in das Jahr 382 zu setzen wäre.

c) Liv. VI 39.

Capital abgerechnet, und für den Reſt drei jährige Termine zur Rückzahlung verwilligt wurden. Sodann hatten viele Plebejer zur Abtragung ihrer Schulden, oder um ohne Darlehen Geld zu erhalten, den größten Theil ihres Grundeigenthums verkaufen müſſen, dadurch war in die Hände der Reichen, beſonders der Patricier, die am wenigſten gelitten hatten, ein ſehr ausgedehnter Grundbeſitz gekommen. Dieſe ingens cupido agros continuandi,[d]) welche ſich der Reichen bemächtigt hatte, wäre für die Verfaſſung ſtets bedenklich geweſen, weil die Entziehung des Grundeigenthums die Maſſe der Plebejer aus ihrer damit weſentlich zuſammenhängenden politiſchen Stellung warf; ohne ein Gegenmittel würde die Entartung der Plebs, die ſpäter wirklich eingetreten iſt, ſchon jetzt nicht aufzuhalten geweſen ſein. Dazu kam, daß die ehemaligen Grundeigenthümer nicht einmal als Pächter oder in ähnlicher Art auf den Gütern zu bleiben und ihren Unterhalt zu finden hoffen durften, da die Reichen ihre Grundſtücke durch Sclaven bebauen ließen.[e]) Kleine Grundeigenthümer wurden überdieß auch dadurch von den großen beeinträchtigt, daß dieſe eine bedeutende Viehzucht trieben und durch ihre Heerden jene von der Benutzung der Gemeinweide (den saltus publici) verdrängten. Allem dem ſollte durch folgende Beſtimmungen abgeholfen werden. Zu Gunſten derer, die im Stand waren, Grundeigenthum käuflich wieder an ſich zu bringen, wurde feſtgeſetzt, daß niemand bei Strafe mehr als fünfhundert Jugera haben (lex licinia de modo agri),[f]) noch mehr als hundert Stück größeres, fünfhundert kleineres Vieh halten ſolle; zu Gunſten derer, welche von der den Reichen auferlegten Nothwendigkeit, einen Theil ihrer Grundſtücke zu verkaufen, keinen Gebrauch machen konnten: daß die größeren Grundbeſitzer nach einem gewiſſen Verhältniß freie Leute bei dem Betrieb der Landwirthſchaft anwenden ſollten, ſtatt wie bisher nur mit Sclaven zu wirthſchaften. Der Uebertreter ſollte von den plebejiſchen Aedilen auf eine arbiträre Geldſtrafe vor dem Volk belangt werden, wie denn 397 der Urheber der Geſetze ſelbſt wegen eines Beſitzes von tauſend Jugera zu 10000 Aſſes Strafe verurtheilt ward. Er beſaß nur die Hälfte, die andere Hälfte ſtand auf dem Namen eines von ihm emancipirten Sohns; dieſer Umſtand befreite ihn nicht, da man ihm vorwarf, die Emancipation nur um das Geſetz zu umgehen, in fraudem legis, vorgenommen zu haben.[g])

Die Meinung, daß die Lex Licinia de modo agri ſich ausſchließlich auf die possessio des ager publicus bezogen, iſt unbegründet, aber es kann gefragt werden, ob ſie nicht außer dem Grundeigenthum auch auf die possessiones ging, ſo daß auch dieſe unter jenen 500 Jugera begriffen geweſen wären? Dieß halte ich nicht für wahrſcheinlich. Die Cenſoren verpachteten die öffentlichen Ländereien zu vererblichem Recht gegen einen Zehnten, welcher dann wieder zeitweiſe um ein Geldfixum und zwar an die Erbpächter ſelbſt verpachtet wurde; dieß geſchah ohne Zweifel in bedeutenderen Maſſen, eine Vertheilung in kleinere Parzellen würde dieſes Geſchäft zu beſchwerlich gemacht haben.[h])

---

d) Liv. XXXIV 4. *e*) Appian de bell. civ. I 8.

f) Die Unrichtigkeit der beſonders von Niebuhr vertheidigten Anſicht, daß die Lex Licinia eine agraria geweſen, alſo bloß von dem Beſitz des ager publicus zu verſtehen ſei, hat aufs gründlichſte nachgewieſen Huſchke über die Stelle des Varro von den Liciniern (de re rust. I 2) 1835. Vgl. auch eine durch Beſtreitung der im Text vorgetragenen Anſicht veranlaßte Abhandlung im Classical Museum 7 (1845).

g) Liv. VII 16. Valerius Maximus (VIII 6, 3) ſagt: dimidiam partem filio emancipavit. Dieß braucht nicht ein Mißverſtändniß jener Nachricht, es kann auch nur ein anderer Ausdruck (hergenommen von der Mitgabe bei der Emancipation des Sohns) ſein.

h) Daher nimmt Feſtus das Merkmal agri late patentes in ſeine Definition der possessiones auf.

Es war daher ein öffentliches Interesse, den Besitz nicht zu beschränken, welches wenigstens damals noch gegen eine Veränderung sich geltend machte. Die Aermeren freilich waren dadurch von dem unmittelbaren Erwerb einer solchen Possessio ausgeschlossen, da sie nicht die Summen aufbringen konnten, mit welchen eine beträchtliche Besitzung anzutreten war, dagegen waren die Plebejer als solche damals schon fähig, possessiones zu übernehmen, und gewiß hatten die Reicheren unter ihnen schon große Erwerbungen dieser Art gemacht. So war es zugleich das Interesse der angesehenen Plebejer selbst, daß hierin kein Maß vorgeschrieben ward.

Vor jenen drei licinischen Gesetzen über den Consulat, die Schulden und das Grundeigenthum ging 386 ein viertes durch, welches ein Collegium für die Bewahrung der sibyllinischen Bücher und die Verwaltung der dazu gehörigen Sacra, decemviri sacrorum (statt der bisherigen duumviri), und zwar zur Hälfte aus Plebejern bestehend anordnete, eine Vorbereitung der Fähigkeit des Standes zum Consulat. 388 trat der erste plebejische Consul ein, dagegen behielten die Patricier sich die praetura urbana vor. Ferner wurde ein neuer, ausschließlich patricischer Magistrat, die curulische Aedilität, eingeführt, im Gegensatz zu den seit lange für die Verwaltung der plebejischen Angelegenheiten, soweit sie nicht den Tribunen oblag, bestehenden plebejischen Aedilen. Die curulischen Aedilen wurden zunächst für die Besorgung patricischer Standessachen, oder die noch dafür gelten sollten, wie die großen Festspiele, bestimmt, sie sollten also, wie die plebejischen, eine Standesbehörde sein. Diesen unzeitigen Gedanken ließ man bald wieder fallen,[i] Plebejer wurden zugelassen und der Beruf der Aedilen erweiterte sich so, daß die gesammte Bau-, Straßen-, Sicherheits-, Gesundheits-, Religions- und Sitten-Polizei ihnen übergeben ward.

Noch wurden die Plebejer zuweilen von dem Consulat gegen das licinische Gesetz ausgeschlossen, die Patricier versuchten einigemal, eine Wiederaufhebung des Gesetzes zu bewirken, erst seit 412 kommt kein Beispiel einer Verletzung mehr vor. Allmählich drangen die Plebejer auch in die übrigen Würden.[k] Schon 412 erwähnt Livius (VII 42) einen Antrag des Volkstribuns Genucius auf Oeffnung beider Stellen des Consulats für die Plebs, dieser kann nicht zum Gesetz geworden sein; erst im sechsten Jahrhundert kommen Fälle eines reinplebejischen Consulats vor.[l]

LVIII. Auch der Senat war den Plebejern, wie den Patriciern, geöffnet. Die Aufnahme in denselben geschah durch die Censoren bei Gelegenheit des Census, eine Lex Ovinia verfügte, daß sie ohne Unterschied des Standes die Besten wählen sollten.[a] Es kommt eine dreifache Eintheilung der Glieder des

---

i) Liv. VII 1.

k) 398 der erste plebejische Dictator, 403 Censor (eine Lex Publilia bestimmte 415, einer der Censoren solle stets Plebejer sein), 417 Prätor, 454 plebejische Pontifen und Augurn vermöge der Lex Ogulnia.

l) Livius freilich setzt später (VIII 12) voraus, das Gesetz sei wirklich durchgegangen, indem er den Text der Lex Publilia (Note k) so angiebt: ut alter utique ex plebe, quum eo ventum sit, ut utrumque plebeium consulem fieri liceret, censor crearetur. [Vgl. Mommsen Staatsrecht II S. 76.]

a) Festus: Praeteriti senatores quondam in opprobrio non erant, quod ut reges sibi legebant sublegebantque, quos in consilio publico haberent, ita post exactos eos consules quoque et tribuni militum consulari potestate coniunctissimos sibi quosque patriciorum et deinde plebeiorum legebant, donec Ovinia tribunicia intervenit, qua sanctum est, ut censores ex omni ordine optimum quemque curiatim in senatum legerent. quo fac-

Senats vor. Die erste ist die in der Anrede: patres et conscripti ausgedrückte, conscripti hießen ohne Zweifel die Plebejer, als zuerst dieser Stand Zutritt in den Senat erhielt. Die zweite bezeichnet der Name pedarii für gewisse Senatoren, nach der Erklärung des Gabius Bassus: die noch keine curulische Würde bekleidet hatten und daher zu Fuß in den Senat gingen,[b]) nach andern aber: qui sententiam in senatu non verbis dicerent, sed in alienam sententiam pedibus irent.[c]) Wahrscheinlich waren die plebejischen Senatoren ursprünglich die pedarii, die wohl auch keine Sitze hatten, und nicht das Wort erhielten, sondern durch Auseinandertreten abstimmten. Dieser Unterschied hörte bald auf, vielleicht zuerst für die, welche curulische Würden bekleidet hatten (wodurch jene erste Erklärung veranlaßt wurde),[d]) das Wort aber blieb in der Sprache, um den unselbständigen Haufen der Senatoren zu bezeichnen, die ihre Vota durch den Einfluß Anderer bestimmen ließen.[e]) Die dritte Eintheilung ist in der Formel enthalten: senatores quibusque in senatu sententiam dicere licet. Wirklicher Senator wurde man erst durch die lectio der Censoren; die einen curulischen Magistrat bekleideten, hatten indessen dadurch Sitz und Stimme in dem Senat und behielten sie auch nach Niederlegung des Amts bis zur nächsten censorischen Wahl, bei der sie entweder Senatoren wurden, oder, wenn sie der Censor überging, auch jenes Recht verloren.[f])

---

tum est, ut qui praeteriti essent et loco moti, haberentur ignominiosi. Das curiatim bezieht sich auf Abtheilungen im Senat, wodurch die Reihenfolge bestimmt ward, loco moti sind die aus einer höheren Curie in eine niedrigere versetzten, praeteriti die ganz ausgeschlossenen. [Nach Meiers glücklicher Verbesserung (Vorrede zum Hallischen Winkercatalog 1844—1845) ist für curiati unbedenklich iurati zu lesen. Göttlings Einwurf (röm. Urkunden S. 21), daß es eines solchen speciellen Eides der Censoren nicht bedurft habe, wird durch Zonaras VII, 19 widerlegt und Bergks (Zeitschrift f. Alterthumswiss. 1848 Nr. 75. 76) Vorschlag: viritim für curiatim würde zu optimum quemque nicht stimmen, während seine Emendation *ut* (für et) loco moti unbedenklich ist. Vgl. Sueton. Cal. 16. Ex omni ordine geht nur auf die zum Senat berechtigten Classen: die consulares praetorii, aedilicii, tribunicii, quaestorii, die auch in der Stelle Note f ordines heißen. Nach neueren Untersuchungen wird das Ovinische Gesetz zwischen 320 und 342 gesetzt. R.]

b) Gell. III 18. *c*) Gell. l. c. Festus v. pedarium.

d) Dieser Theil derselben ist also nicht unrichtig; er findet auch in folgendem Umstand eine Bestätigung. In dem Album Decurionum der Stadt Canusium v. J. 223 n. Chr. (Orell. inscript. 3721), worin die Decurionen classenweise aufgezählt werden, kommt nach den quinquennalicii, duoviralicii, aedilicii, quaestoricii die Classe der „pedani", offenbar eine Nachahmung der pedarii unter den römischen Senatoren. Sicher sind damit die gemeint, welche Würden noch nicht bekleidet hatten. [Dieß ergiebt auch die folgende Classe im canusinischen Album, der Grad der praetextati, d. h. der Decurionensöhne im Knabenalter unter 17 Jahren, die übrigens in Rom schon vor Cato aus dem Senat entfernt waren (Gell. I 23. Macrob. sat. 1, 6. Cic. Verr. 2. 49. 121), von Augustus aber wieder zugelassen wurden. Sueton. Octav. c. 38. vgl. L. 6 D. de decur. 50, 2. L. 21 § 6 D. ad municip. 50, 1. Die pedarii oder ämterlosen und daher nur zur Discussion berechtigten Senatsmitglieder sind also 1) regelmäßig die Jünglinge zwischen 17 und 27 Jahren, denn nach 10jährigem Kriegsdienst erwarb man nach der Lex Villia die Quästur, Polyb. VI 19. Liv. XXV 5, doch mußten sie seit der Lex Ovinia mit Auszeichnung gedient haben (Note f), 2) die ältern Leute, die es noch zu keinem Staatsamt haben bringen können. Gellius (Note b) verwechselt offenbar die pedarii mit den stimmberechtigten Beisitzern des Senats (quibus in senatu sententiam dicere licet). — Untersuchungen über die pedarii und praetextati mit zum Theil abweichenden Resultaten haben angestellt Zumpt comm. epigr. 1850 p. 130—133, welcher das Stimmrecht der pedarii in Schutz nimmt, und J. Becker, Zeitschrift für Alterthumswiss. 1850 Nr. 3, 4, der nach Isidor. IX 4. 12. (p. 305 Lindem.) die pedarii für die Ritter aus den 12 altpatricischen (?) Centurien hält. R.]

e) Cic. Att. I 19.

f) Vgl. Liv. XXIII 23. [Nach einer neuern Untersuchung von Hofmann der röm. Senat zur Zeit der Republik 1847 S. 85 f. ist das Stimmrecht der stimmberechtigten Beisitzer (zu denen Anfangs nur die gewesenen curulischen, seit Sulla's Aufhebung der Censur auch die abgegangenen

LIX. Das Recht der Comitien erlitt im fünften Jahrhundert bedeutende Veränderungen, vor allem durch die leges publiliae von 415. Livius (VIII 12) giebt ihren Inhalt so an: ut plebiscita omnes Quirites tenerent — ut legum quae comitiis centuriatis ferrentur, ante initum suffragium patres auctores fierent. Daß durch diese Gesetze etwas neues festgesetzt ward, ist, wie es scheint, unzweifelhaft; was es war, wird sich aus dem bisherigen Zustand und der Vergleichung desselben mit späteren Veränderungen mit Wahrscheinlichkeit ergeben.

Daß die Tribunen durch Rogationen vor den Tributcomitien die Initiative für Gesetzgebung ergreifen konnten, war längst festgesetzt, die Plebiscite aber wurden zu Gesetzen erst mittelst ihrer Annahme durch den Senat und die Centuriatcomitien, die Lex Horatia Valeria v. 305 hatte dieses Recht wieder hergestellt, ob nicht schon so, daß für gewisse Fälle der Gesetzgebung, namentlich solche, die keine Verfassungsänderung enthielten, das Bestätigungsrecht der Centuriatcomitien aufgehoben wurde, mag dahin gestellt bleiben (§ 56). Die gänzliche Befreiung der Plebiscite von dieser Bestätigung ist nun wahrscheinlich der Inhalt jener ersten Lex Publilia gewesen.*) Bei der nunmehrigen Stellung der beiden Stände, und da die Patricier vollen Antheil an den Tributcomitien nahmen, mußte die Confirmation durch die Centuriatcomitien als eine unnütze Formalität erscheinen. Sie war es nur darum nicht, weil ihr die auctoritas senatus vorausgehen mußte, diese konnte man aber beibehalten, nicht etwa so, daß sie dem Plebiscit vorausging, wie dem Centuriatbeschluß, sondern daß sie ihm wie bisher nachfolgte, und nur der Centuriatbeschluß, der ihr eigentlich hätte folgen müssen, wegfiel.[a]) Diese Beschränkung der Gültigkeit der Plebiscite war ohne Zweifel ebenfalls in der Lex Publilia enthalten. Dessen ungeachtet hatten durch dieses Gesetz die Plebiscite aufgehört, bloße Initiativen zu einer Gesetzgebung zu sein, die eine erst noch darauf folgende Lex forderten; von dieser Zeit an datirt sich wahrscheinlich die solenne Bezeichnung derselben: lex sive id plebiscitum est. Ueber ein halbes Jahrhundert später ist bei Gelegenheit der dritten und letzten Secession der Plebs auf das Janiculum die Lex Hortensia (467) gegeben worden, deren Inhalt auf gleiche Art, wie der jenes Gesetzes, bezeichnet wird: ut eo iure, quod plebs statuisset, omnes Quirites tenerentur.[b]) Die Nachrichten über jenen Aufstand sind sehr mangelhaft, er war der Schulden wegen geschehen, die Stellung der Stände hatte sich schon sehr verändert; wahrscheinlich war es eine Bewegung bloß des ärmern Theils der Plebs. Unter den Plebejern selbst war eine Scheidung erfolgt durch die Nobilität, die Eigenschaft der Familien, in denen die magistratischen Würden einheimisch waren. Diese waren in ihren Interessen den Patriciern genähert, die keine erheblichen Vorzüge mehr vor ihnen voraushatten. Der Aufstand war

---

niedern Magistrate gehörten Cic. pro Sext. 65, 137. pro Cluent. 56, 153. in Verr. 4, 11. 25. de leg. 3, 12, 27) von dem der fungirenden Magistrate zu unterscheiden. Diese hatten als Regierungsmitglieder ein Vorschlags- oder Einspruchsrecht (ius referendi ad senatum, ius intercedendi), aber kein eigentliches ius sententiae dicendae, d. h. sie konnten kein Votum abgeben, welches von dem Referenten mit zur Abstimmung gebracht werden müßte. R.]

*) [Mommsen röm. Forschungen I S. 164 bezieht die lex Publilia auf die Gesetzeskraft der comitia tributa, welche im Gegensatz zu den concilia plebis den ganzen populus umfaßten und durch die leges Valeriae Horatiae von 305 ins Leben gerufen seien.]

a) So ist die Anomalie einer nachfolgenden Auctoritas entstanden, deren oben schon (§ 41 Note n) gedacht worden ist. Eigentlich aber bestand die Anomalie nicht darin, daß die Auctoritas dem Plebiscit, sondern daß ihr nicht mehr die lex centuriata folgte, auf die sie sich bezog.

b) Lälius Felix bei Gell. XV 27. Plin. hist. nat. XVI 15. Gaius I 3. Pompon. L. 2. § 8 D. de orig. iur. (1, 2.) [Vgl. Mommsen röm. Forschungen I S. 200 ff.]

nicht sowohl gegen die Patricier, als gegen die Vornehmen überhaupt und den Senat, welcher sie repräsentirte, gerichtet. Jenes Gesetz, mit welchem neben andern der Dictator Hortensius das Volk beschwichtigte und zurückführte, schaffte die Bestätigung der Plebiscite durch den Senat ab. Von dieser letzten Stufe der Entwickelung konnte daher Gaius mit Recht sagen: itaque eo modo (plebiscita) legibus exaequata sunt.

Wir kehren zu den publilischen Gesetzen zurück. Das zweite betraf die Centuriatbeschlüsse: die patres sollen hier vor dem Suffragium auctores werden. In diesem Gesetz sucht man gewöhnlich ebenfalls eine Beschränkung des patricischen Einflusses. Wäre dieß richtig, so bliebe nichts übrig, als mit Niebuhr die patres von den Curiatcomitien zu verstehen; er glaubt, den Curien sei durch das publilische Gesetz ihr Veto gegen Centuriatbeschlüsse genommen worden, man habe ihr Bestätigungsrecht durch die Nothwendigkeit, ihre Zustimmung voraus zu geben, zu einer bloßen Formalität gemacht. In der That könne unter jener Voraussetzung der Ausdruck patres nicht von dem Senat verstanden werden, denn dieser hat seine Auctoritas stets vor, nicht nach der Abstimmung in den Centuriatversammlungen gegeben, wie er doch gethan haben müßte, wenn jene Anordnung, wie man gewöhnlich voraussetzt, etwas neues sein sollte. Aber diese Voraussetzung ist ohne Grund. Die Lex Publilia hat in jener Bestimmung weder den patricischen Einfluß beschränkt, noch überhaupt etwas neues eingeführt. Ihre Vorschrift ist: keine Rogation eines Gesetzes soll an die Centuriatcomitien gebracht werden ohne vorherige Autorisation des Antrags durch den Senat. Das ist nichts neues, aber es ist im Gegensatz gegen die Verfügung über die Plebiscite, bei denen die Genehmigung des Senats nachfolgte, gesagt; dieser Neuerung gegenüber schien eine ausdrückliche Garantie des bisherigen Rechts nicht unnöthig. Daß Livius alle publilischen Gesetze, also auch dieses, leges secundissimas plebei nennt, beweist nicht einmal, daß er eine andere Meinung über das Gesetz, aus einem entschuldbaren Irrthum, gehabt hätte: ein die Macht der Magistrate beschränkendes Gesetz konnte er für die damalige Zeit, wo sie erst zum Theil der Plebs zugänglich waren, dieser günstig nennen, die stets weniger von dem Senat als von einzelnen Gliedern des Patricierstandes zu leiden gehabt hatte.[c])

Für die gewöhnliche Gesetzgebung wurden seit dieser Zeit gewöhnlich die Tributcomitien gebraucht, die meisten Gesetze über Privatrechte sind Plebiscite. Entzogen wurde diese Thätigkeit den Centuriatcomitien nicht, dieß würde die Einleitung dazu den höheren Magistraten genommen haben, aber die hauptsächliche Thätigkeit dieser Comitien bezog sich auf sonstige Beschlüsse, z. B. über Krieg und Frieden und auf die Wahlen der höheren Magistrate. Die Wahlen betraf die Lex Publilia nicht; von dem Einfluß des Senats auf diese wird am Ende dieses Abschnitts gehandelt werden.

Welche Stelle nahmen nun neben diesen beiden Comitien die curiata ein? Seitdem die Centuriatcomitien zu ihrem vollen Recht gekommen waren, war es überflüssig, jene als selbständig beschließende beizubehalten. Die Nothwendigkeit der senatus auctoritas galt für beide, dieselben Magistrate hatten in beiden die Rogation, es wäre nur wegen des Uebergewichts der Plebejer in den Curiatcomitien von Interesse gewesen, die curiata noch zu selbständigen

c) Im Jahr 587 setzte sich ein Prätor darüber hinweg, Livius (XLV 21) sagt davon: novo maloque exemplo rem ingressus erat, quod ante non consulto senatu, non consulibus certioribus factis, de sua unius sententia rogationem ferret. [Ueber die Bedeutung der lex Publilia für die auctoritas patrum vgl. jetzt Mommsen röm. Forschungen I S. 241.]

Beschlüssen zu benutzen. Dieses Interesse würde jedoch voraussetzen, daß die Patricier auf ein Fortschreiten in der Gesetzgebung ausgegangen wären und von dem Volk der Centurien einen Widerstand hätten befürchten müssen. Dieß war nicht der Fall; die Sache der Patricier war es nicht, Neuerungen durchzusetzen, deren Annahme nicht von den Centurien, dagegen aber von den Curien zu erwarten gewesen wäre. Das Recht selbständiger Beschlüsse ward den Curien nicht ausdrücklich entzogen, und es mag hie und da Veranlassung gewesen sein, davon Gebrauch zu machen, aber es kam nach und nach außer Anwendung. Dazu trug bei, daß den Patriciern ihre Macht im Senat hinlänglich scheinen mußte; der Senat selbst, obwohl mit patricischem Uebergewicht, zog es vor, eine Sache vor die Centurien zu bringen, statt durch ihre Ueberweisung an die Curien seinen Anträgen eine dem andern Stand feindliche Farbe zu geben, die Plebs, die auf jenem Weg nicht schwer zu gewinnen war, zum Widerstand herauszufordern,[d]) und endlich der Masse der Patricier, von deren Unzulänglichkeit für weises Maß Erfahrungen genug vorlagen, das Heft in die Hände zu geben. Die Function der Curien blieb nur als eine ergänzende für Beschlüsse der Centurien, wo diese einer solchen Ergänzung nach hergebrachter Verfassung bedurften, und für andere Rechtshandlungen. Die Curien sind die Seite der Volksverfassung, an welche das religiöse Element am unmittelbarsten sich anknüpft, ihre Thätigkeit ist mit der pontificischen verkettet, die Pontifen haben in dem, was an die Curien kommt, eine vorbereitende Function. Eine religiöse Bedeutung hat die lex curiata de imperio, durch welche dem von der Centurienversammlung erwählten höheren Magistrat (mit Ausnahme der Censoren, bei denen dieß durch einen zweiten Beschluß der Centuriatcomitien selbst geschah) die Gewalt bestätigt ward,[e]) dann ohnedieß die Inauguration des rex sacrorum und der flamines, und die Arrogation. So konnte Cicero sagen: nunc quia prima illa comitia tenetis centuriata et tributa, curiata tantum auspiciorum causa remanserunt.[f]) Wie lange die Patricier selbst diese Versammlungen besuchten, ist nicht zu sagen; zu Cicero's Zeit, und gewiß auch schon früher, wurden sie durch dreißig Lictoren repräsentirt.

Dem Senat wird für die ältere Zeit ein bedeutender Einfluß auf die Wahlen, namentlich durch eine zu gebende oder zu versagende Auctoritas, zugeschrieben, der später wegfiel. Wie gestaltete sich dieser Einfluß, welche Veränderungen erfuhr er, wie wurde er beseitigt? Es kommt eine Vorwahl des Senats, nach deren Abschaffung eine Bestätigung nach der Wahl vor. Man könnte diese letztere auf die Eigenschaft des Senats als höchster Verwaltungsbehörde gründen, vermöge deren ihm die Magistrate verantwortlich sind, könnte also das Bestätigungsrecht als Annahme des Gewählten für die Verwaltung verstehen.[g]) Dabei ist indessen vor allem zu erinnern, daß von einem Act der Uebertragung keine Spur vorkommt,[h]) und auf keine Weise könnte die Zu-

---

d) Consulibus legem curiatam ferentibus a tribunis plebis saepe est intercessum, Cic. agrar. II 12.

e) Cic. agrar. II 11. [Vgl. Mommsen röm. Forschungen I S. 247 f., röm. Staatsrecht I (1876) S. 588 ff.]

f) Vgl. dazu Huschke Verf. des Serv. S. 409 Note 35 a. E.

g) Dieß ist die Meinung eines gelehrten Freundes, der die Wahl (dicere magistratum), die Verleihung des Imperiums (dare, vom Erwerber capere) und die Zulassung zum gerere unterscheidet, und auf diesen dritten Punkt die auctoritas patrum bezieht.

h) Eine Analogie bietet dar die Untersagung der vormundschaftlichen Administration durch den Prätor L. 14 § 1. 6 D. de solut. (46, 3.) Die Vorschrift einer positiven Uebertragung der Administration mittelst eines Tutoriums ist dem römischen Recht fremd.

lassung zur Verwaltung auctoritas genannt werden, da sie nicht das Recht des Magistrats vervollständigt, sondern nur die Ausübung desselben hinzugefügt hätte. Wir müßten also den Einfluß des Senats bloß als eine Möglichkeit, die Verwaltung zu untersagen, auffassen,[i]) damit wäre aber die auctoritas, die dem Senat zugeschrieben wird, unerklärt gelassen. Diese Erklärung wird daher auf einem andern Weg zu suchen sein.

Die auctoritas des Senats bei den Wahlen ist ursprünglich eine doppelte, eine für die Wahlcomitien, eine zweite für die Curiatcomitien zur Verleihung des Rechts der Magistratur. Nach ältestem Recht stand dem Senat die erstere zu, und diese enthielt eine Benennung der Candidaten, die der Wahlmagistrat den Comitien zur Wahl zu proponiren hatte, dem Senat stand also die Vorwahl zu;[k]) dieß hörte auf, seit die Plebejer magistratsfähig geworden waren, es trat eine freie Bewerbung beim Volke ein. Dagegen konnte der die Wahl leitende Magistrat, welcher der Versammlung die Candidaten zu nennen hatte, die Aufnahme von Bewerbern unter ihre Zahl aus Gründen versagen, und so auch der Senat durch seinen Einfluß auf ihn einen Einfluß auf die Wahl üben.[l]) Außerdem blieb ihm noch die auctoritas für die Bestätigungscomitien, die nach älterem Recht eine bloße Formalität war, nun aber, wo der Senat nicht schon vor den Wahlcomitien seine Stimme gegeben hatte, auch versagt werden konnte.[m]) Dieses Recht hob die Lex Mänia durch die Vorschrift auf, daß die Auctoritas für die Curiatcomitien schon vor den Wahlcomitien gegeben werden sollte.[n])

Bildung eines dritten Standes und Reform der Centuriatcomitien.

LX. Während der Kampf zwischen Patriciern und Plebejern zu Ende ging, und an die Stelle dieses Standesunterschiedes der unbestimmtere und allgemeinere zwischen Familien, die durch Nobilität und Reichthum angesehen

---

i) Diese Möglichkeit wäre natürlich weggefallen, wenn der Vorschlag des Candidaten vom Senat ausgegangen, dieser dadurch Auctor seiner Wahl geworden war. So würde dann zu erklären sein Cic. pro Planc. 3: — quod patres apud maiores nostros tenere non potuerunt, ut reprehensores essent comitiorum — — tum enim magistratum non gerebat qui ceperat (durch den Comitialbeschluß), si patres auctores non essent facti.

k) Appian bell. civ. I 1. Dionys. VIII 87.

l) Er übte diesen auch durch das Gebot, Candidaten zuzulassen, die jener ausschließen wollte, Liv. VII 21. VIII 15. Einen gleichen Fall enthält Cic. Brut. 14: — M' Curium quod is tribunus plebis interrege Appio Caeco, diserto homine, comitia contra leges habente, quum de plebe consulem non accipiebat, patres ante auctores fieri coegerit, quod fuit permagnum nondum lege maenia lata. [Vgl. Mommsen röm. Staatsrecht I S. 453 f.]

m) Davon verstehe ich auch die Stelle der Note i; ich beziehe das capere auf die Wahlcomitien, zwischen diesem und dem gerere stehen die Curiatcomitien über das imperium, nebst der auctoritas des Senats für dieselben.

n) Dieß ist als Inhalt dieses Gesetzes nach der einzigen Stelle, die es erwähnt (Note l), anzunehmen. Auf dieselbe bezieht sich wahrscheinlich auch Sallust. fr. lib. 3 p. 971 Cort.: libera ab auctoribus suffragia maiores vestri paraverunt. — Daß übrigens die auctoritas zu den Magistratswahlen bloß von dem patricischen Theil des Senats ausging (wie Huschke glaubt), möchte in den a potiori die Patricier statt des Senats nennenden Stellen, so wie ferner in dem seine antiquarischen Kenntnisse ohne Unterscheidung der Zeiten ausschüttenden Verfertiger der oratio pro domo c. 14 (das römische Volk würde, wenn alle Patricier zur Plebs übergingen, den rex sacrorum, die flamines und salii, die Hälfte der übrigen sacerdotes, und die auctores centuriatorum et curiatorum comitiorum einbüßen) eine sehr schwache Grundlage haben. [Die Ansicht Huschke's ist mit vollständigerem Beweismaterial durchgeführt von Mommsen röm. Forschungen I S. 233 ff.]

waren, und anderen plebejischen Bürgern trat, welche diese Vorzüge, oder wenigstens den ersten nicht ansprechen konnten, hatte nach und nach noch eine andere Classe römischer Bürger eine Bedeutung erlangt, welche die durch jenes Gleichgewicht der Stände herbeigeführte Ordnung zu stören drohte. Davon zu sprechen, giebt die Censur des Appius Cäcus im Jahre 442 Veranlassung; er setzte die Libertinen in die Tribus, nahm sie also zu Plebejern auf.[a]) Dieß war ein Schritt, der die gefährlichsten Folgen für das Wohl des Staats haben konnte. Der Verfassung stand dadurch die Ausartung in eine machtlose Ochlokratie bevor. Es ist von Interesse zu sehen, wie diese Gefahr abgewendet ward. Niebuhr hat diesen Punkt der römischen Geschichte zuerst gebührend hervorgehoben und klar gemacht.[b])

Außer den Patriciern und Plebejern gab es noch andere römische Bürger, welche sich von jenen dadurch unterscheiden, daß sie nicht das ius honorum (ius magistratus capiendi), noch das ius suffragii in den Tributcomitien haben, daß sie also nicht optimo iure cives sind. Dieß war dieser dritten Classe von Bürgern gemeinschaftlich. Aber es bestehen auch Verschiedenheiten unter ihnen.

Drei Arten von Bürgern ohne das beste Recht sind zu unterscheiden:

1) Die von einem römischen Bürger Freigelassenen und ihre Kinder.[c]) Diese hatten vor den übrigen das voraus, daß sie in den Centurienversammlungen stimmten, die Ausschließung von den Tribus und der Magistratur und dem Senat hatten sie mit ihnen gemein. Der Aufnahme in den Senat wurden nicht einmal die Enkel von Freigelassenen fähig erachtet, und dasselbe galt wahrscheinlich auch für die Magistratur, die regelmäßig die Pforte zu dem Senat war.

2) Die Municipes.[d]) Diese sind römische Bürger, die einer auswär-

---

a) Daß Servius Tullius den Freigelassenen und ihren Nachkommen eine politische Stellung, die in der ältesten Verfassung nicht denkbar war, durch Aufnahme in die Centurien verlieh, ist gewiß; sie trat nach der Vertreibung der Könige mit der übrigen servianischen Verfassung in Wirksamkeit, und in so weit mag man mit Huschke (Verf. des Serv. S. 548) das alte Märchen von dem Sclaven Vindicius, von dem die manumissio vindicta den Namen habe (Liv. II 5), als einen Ausdruck jener Thatsache richtig verstehen; die Nachricht des Dionysius (II 22), daß Servius schon sie in die vier städtischen Tribus gesetzt habe, welche Huschke mit künstlichen Wahrscheinlichkeitsgründen zu unterstützen sucht, kann ich nur für einen aus dem späteren Zusammenhang zwischen der Tribus- und Centurien-Verfassung geflossenen Irrthum halten.

b) Niebuhr III 367—409.

c) Liberti und libertini in der alten Bedeutung dieses Worts, Sueton. Claud. 24: — temporibus Appii et deinceps aliquamdiu libertinos dictos, non ipsos qui manumitterentur, sed ingenuos ex his procreatos. Daß später libertini die Freigelassenen selbst heißen (liberti im Verhältniß zum Patron) ist bekannt. Dieser spätere Sprachgebrauch ist aus dem früheren entstanden, denn die Rechte des Patrons beziehen sich vorzugsweise auf den libertus im älteren Sinn.

d) Die Stellen, welche die Grundlage der folgenden Darstellung bilden, sind:

Festus: Municeps est, ut ait Aelius Gallus, qui in municipio liber natus est. Item qui ex alio genere hominum munus functus est. Item qui in municipio ex servitute se liberavit a municipe. Item municipes erant, qui ex aliis civitatibus Romam venissent, quibus non licebat magistratum capere, sed tantum muneris partem. At Servius filius aiebat initio fuisse qui ea conditione cives ro. fuissent, ut semper remp. separatim a populo ro. haberent, Cumanos, Acerranos, Atellanos, qui aeque cives ro. erant et in legione merebant, sed dignitates non capiebant.

Paul. Diac. ex Festo: Municipium id genus hominum dicitur, qui quum Romam venissent, neque cives romani essent, participes tamen fuerunt omnium rerum ad munus fungendum una cum romanis civibus, praeterquam de suffragio ferendo aut magistratu capiendo, sicut fuerant Fundani, Formiani, Cumani, Acerrani, Lanuvini, Tusculani, qui post aliquot annos cives romani effecti sunt. Alio modo, quum id genus hominum definitur, quorum civitas universa in civitatem romanam venit, ut Aricini, Cerites,

tigen, ursprünglich gegen den römischen Staat selbständigen Gemeinde angehören. Dieß ist nur so denkbar, daß diese Gemeinde selbst die Civität hat, weil sonst die Eigenschaft, römischer Bürger zu sein, mit der eines Bürgers dieser Gemeinde nicht verträglich wäre. Es werden zwei Fälle unterschieden. Die Gemeinde kann ihre Selbständigkeit behalten haben, so daß ihre Bürger von den römischen Magistraten unabhängig sind; nur als Soldaten waren sie dem Imperium des römischen Befehlshabers unterworfen. Dieser Kriegsdienst wurde von solchen Gemeinden mehr in der Weise anderer verbündeter Völker geleistet, die Gemeinde stellte das ihr auferlegte Contingent. Der zweite Fall ist, daß die Gemeinde schlechthin als ein Bestandtheil des römischen Staats betrachtet wird, und in Beziehung auf das öffentliche Recht nicht als eine selbständige Corporation gilt. Hier sind ihre Bürger schlechthin römische Bürger, der Gewalt der römischen Magistrate, der Jurisdiction, dem Census, der Besteuerung wie andere römische Bürger unterworfen, sie mögen in Rom Wohnung genommen haben oder nicht. Beide Classen hatten keine politischen Rechte, und dieser Zustand wurde mit dem Wort municipium ausgedrückt, welches auch für die Gemeinden selbst gebraucht ward. Der Unterschied war nur der, daß zwischen der ersten Classe von Municipes und dem römischen Staat die Gemeinde, der sie angehörten, in der Mitte stand, und ihre Leistungen an den Staat vermittelte. Es geschah häufig, daß solche Municipes in Rom sich niederließen; ihr Rechtszustand wurde dadurch nicht verändert, ausgenommen daß die der ersten Classe für ihre Person den römischen Magistraten unterworfen, also denen der zweiten Classe gleichgestellt wurden.[e]) Das römische Bürgerrecht

---

Anagnini. Tertio, quum id genus hominum definitur, qui ad civitatem romanam ita venerunt, uti municipia essent sua cuiusque civitatis et coloniae [uti municipes essent suae quisque civitatis aut coloniae Zumpt], ut Tiburtes, Praenestini, Pisani, Urbinates, Nolani, Bononienses, Placentini, Nepesini, Sutrini, Lucenses.

Gellius XVI 13.

Untersuchungen über diesen Gegenstand mit verschiedenen Resultaten haben angestellt: Niebuhr II S. 56 ff. Madvig opusc. acad. p. 236 sqq. Zumpt über den Unterschied der Benennungen Municipium, Colonia, Präfectura im röm. Staatsrecht 1840. [Peter die Verhältnisse Roms zu den besiegten italischen Städten und Völkern bis zur lex iulia. Zeitschr. für Alterthumswiss. 1844 Nr. 25—28. Rubino über die Bedeutung der Ausdrücke Municipium und Municeps in den Zeiten der röm. Republik. Daselbst 1844 Nr. 109—111. 121—124, zweiter Artikel 1847 Nr. 86. 87. 100. 101. 121. Kiene die röm. Municipien in den Zeiten der Republik 1849 Nr. 28—30. Walter Geschichte des röm. Rechts 3. Aufl. I § 85. Vgl. auch Jahrb. für wiss. Kritik. 1846 Nr. 4. 5. Marquardt Forts. v. Becker's Handb. der röm. Alterth. III 1851 und röm. Staatsverwaltung I (1873) S. 28 ff.]

[Ueber den ursprünglichen Grund der Bezeichnung Municipes, als Empfänger der mit dem öffentlichen Gastrecht verbundenen Gastgeschenke (munera) vgl. (Rudorff) Vorrede zum Berliner Wintercatalog 1848. Dirksen Abh. der Berl. Acad. 1851 S. 46 Note 155 glaubt diese Erklärung durch die Verwahrung zu beseitigen, welche Varro (de ling. lat. 5, 179 munus quod *mutuo* animo qui sunt dant officii causa. alterum munus quod *muniendi* causa imperatum, a quo etiam municipes, qui una *munus fungi* debent, dicti) gegen sie eingelegt habe, ohne sich durch die etwas starken etymologischen „Postulate" in diesem „Referat" (munus von mutuum, ceps von fungi, municeps von den Befestigungsarbeiten) in seiner Glaubensfähigkeit stören zu lassen. Er übersieht nur, daß man eine Stelle des Varro, zu dessen Zeit den Municipien nicht mehr Geschenke, sondern nur noch Auflagen zu Theil wurden, nicht wohl als Beweismittel gegen den ältern Rechtszustand gebrauchen kann. — Eine Bestätigung obiger Auffassung gewährt der Rechtszustand der späteren Republik und der Kaiserzeit. Als man die Bürgermunicipien und Bürgercolonien wieder wie Staaten im Staate organisirte, errichteten sie zwar nicht mit der römischen communis patria, aber doch mit einzelnen römischen Bürgern ein aus Gastrecht und Clientel gemischtes Verhältniß: vgl. Orelli n. 3693. Mommsen über das röm. Gastrecht und die röm. Clientel in den Forschungen I (1864) S. 334. 358. R.]

e) Dieser Zudrang nach Rom entzog jenen Städten viele Bürger und erschwerte ihnen dadurch

aller dieser Municipes war nicht davon abhängig, daß sie in Rom wohnten; dasselbe beschränkte Bürgerrecht konnten aber die Bürger mancher verbündeter Städte ohne Civität durch Ansässigmachung in Rom erwerben. Auch diese können daher Municipes, einer dritten Classe, genannt werden, und auf sie bezieht sich der Anfang des angeführten Artikels aus Paulus Diaconus (Note d).

3) Die römischen Bürger, die zur Strafe das ius suffragii et honorum verloren, ein Verlust, der sich auch auf das Stimmrecht in den Centurienversammlungen erstreckte. Dieß geschah theils durch Infamia,[f]) theils durch Verfügung der Censoren, die einen Bürger als unwürdig aus den Tribus ausstoßen konnten; die Bezeichnung dafür ist tribu movere et aerarium facere; tribu movere allein kann auch eine bloße Veränderung der Tribus, die Versetzung in eine andere Tribus heißen, was ebenfalls als Rüge vorkam.[g]) Diese Verfügungen der Censoren waren für andere Magistrate nicht verbindend, noch weniger für das Volk, daher kommt es vor, daß solche Notirte, wenn das Volk die Strafe mißbilligte, zu Magistraten gewählt wurden. Die Aerarier wurden von den Censoren nicht in die Verzeichnisse der Centurien eingeschrieben, sondern in besondere, welche tabulae caeritum hießen.[h]) In privatrechtlicher Hinsicht waren sie cives romani, und hatten Theil an dem ius civile, soweit nicht eine besondere Ausnahme gemacht war; in staatsrechtlicher Hinsicht hatten sie eine rein passive Stellung, sie waren zu öffentlichen Leistungen verbunden (ad munus fungendum); ihre Beziehung zu dem Staat war lediglich auf das Aerarium gerichtet, wovon sie den Namen führen.[i])

Es ist eine Streitfrage, ob diese Aerarier zum Kriegsdienst verpflichtet oder von ihm ausgeschlossen waren. Für einen Theil derselben, die nämlich als infames aus den Tribus gestoßenen, geht aus mehreren Stellen mit Sicherheit hervor, daß sie dieses Dienstes unfähig geachtet wurden.[k]) Dasselbe sagt Festus sogar für die Municipes (Note d), indem er ihnen nur muneris *partem* zuschreibt, während er es für eine gewisse, in dieser Zeit freilich sehr häufige Art derselben als etwas besonderes hervorhebt, daß sie in legione merebant. Auch die Freigelassenen sollen nicht früher als 664, wo die Noth dazu trieb, zum Kriegsdienst aufgeboten worden sein.[l]) Endlich giebt auch bei den zur Strafe zu Aerariern gemachten Bürgern der Scholiast der verrinischen

---

die Leistungen an den römischen Staat; wir finden, daß sie dagegen reclamirten. So wurden 567 auf Beschwerde der latinischen Städte 1200 aus Rom aus- und in ihre frühere Heimath zurückgewiesen Liv. XXXIX 3. Ebenso 577 Liv. XLI 9.

f) Savigny System des heut. R. R. II 198 ff. S. unten im 2. Bd. § 216.

g) Liv. XLV 15. Daß umgekehrt das aerarium facere ohne das tribu movere bei einzelnen Bürgern geschah, kann aus den Vorgängen des scandalösen Census von 550 entnommen werden (Liv. XXIX 37). Nachdem die Censoren sich gegenseitig notirt hatten durch Entziehung des equus publicus, der eine überdieß seinen Collegen zum Aerarier gemacht, so setzte dieser alle Tribus bis auf eine unter die Aerarier, weil sie ihn früher verurtheilt und dann aus tadelnswerthem Unbestand, doch zum Consul und Censor gemacht hätten. Dieß war eine Note, für welche der Censor den üblichen Ausdruck: zu Aerariern machen, anwendete, ohne daß derselbe hier eine specielle Bedeutung hatte; es wird dort dem nominatim inter aerarios relinquere, welchem allein diese Bedeutung zukam, entgegengesetzt. [Vgl. jetzt Mommsen Staatsrecht II (1877) S. 389 ff.]

h) Gell. XVI 13.

i) Unmittelbar ist der Name aerarii dadurch entstanden, daß der Censor im Aerarium die Verzeichnisse derselben besorgte.

k) Von den in den Atellanen Agirenden wird gesagt, daß sie nicht wie andere Schauspieler infames wurden, und daher nicht aus den Tribus gestoßen, nach des Kriegsdienstes verlustig würden, Liv. VII 3. Valer. Max. II 4, 4. Vgl. Savigny a. a. O. S. 204.

l) Appian. de bell. civ. I 49.

Reden die Abgabenpflichtigkeit als ihre einzige staatsbürgerliche Qualität an.[m]) Nach allem diesem muß die Ausschließung der Aerarier von dem Kriegsdienst behauptet werden, womit sich übrigens, da diese Befreiung nicht als ein Recht, sondern als eine Zurücksetzung zu betrachten ist, die Möglichkeit eines Aufgebots derselben im Nothfall wohl vertrug. Neuerdings hat wiederum Huschke[n]) die Fähigkeit der Aerarier zum Kriegsdienst behauptet. Wenn er sich darauf beruft, daß einmal fast das ganze Volk zu Aerariern gemacht worden sei, so würde derselbe Grund für ein Stimmrecht derselben in den Comitien angeführt werden können; welche Bedeutung jener Vorgang wirklich hatte, ist vorhin (Note g) angegeben worden, wodurch dieses Argument sich völlig erledigt. Sein zweiter Grund ist, daß 540 die Censoren 2000 Bürger zu Aerariern machten, weil sie vier Jahre lang ohne rechtmäßigen Grund dem Kriegsdienst ausgewichen waren:[o]) „unmöglich konnte man diese damit bestrafen wollen, daß sie nun von Rechtswegen vom Kriegsdienst befreit sein sollten." Warum nicht? So wird der das munus tutelae ohne Grund und beharrlich Ablehnende als suspectus abgesetzt.[p]) Aber nicht bloß in der Ehrenminderung lag eine Strafe für jene Dienstflüchtigen, sondern auch darin, daß ihr Census erhöht (z. B. verachtfacht) ward, was als eine regelmäßige Folge der Versetzung unter die Aerarier betrachtet werden darf. So erklärt sich zugleich diese mehrfach ausdrücklich erwähnte Erhöhung des Census der zu Aerariern gemachten Bürger; für die, welche von dem einen Theil der öffentlichen Leistungen ausgeschlossen waren, wurde dagegen der andere vergrößert.[q])

Von den in den Rechten zurückgesetzten Bürgern hatten theils durch ihre Theilnahme an den Centurien, theils durch andere Umstände die meiste Wichtigkeit die Libertinen. In den Händen dieser vornehmlich waren die Gewerbe, mit denen kein von Freigebornen Stammender sich befaßte, mit Ausnahme etwa der in Rom sich ansiedelnden Fremden; Handel und Gewerbe waren geringgeschätzt, und durch diese Mißachtung Patriciern und Plebejern untersagt. Ein Gewerbe vor allem war für die Regierung von besonderer Wichtigkeit, und gab denen, die es trieben, einen gewissen Einfluß auf die öffentlichen Geschäfte, das der Schreiberei. Die Schreiber, scribae, wurden bei der gesammten Administration gebraucht, jede Behörde bedurfte solcher Personen; viele derselben wußten sich durch ihre Geschäftskenntniß, die ihnen fortgesetzte Uebung gegenüber den wechselnden Magistraten verschaffte, bei diesen unentbehrlich zu machen. Die Libertinen stimmten in den Centuriatcomitien, viele hatten sich durch ihre schnell bereichernden Geschäfte bedeutendes Vermögen erworben, dadurch stieg ihr Gewicht in jenen Comitien. Dazu hatten sie den Vortheil, sämmtlich in der Stadt zu wohnen; sie versäumten keine Versammlung, während dieß für viele entfernt auf ihren Gütern wohnende Plebejer nicht thunlich war. Auch bei außerordentlichen und bei Concionen waren sie schnell bei der Hand, ihre Beschäftigung führte sie ohnedieß auf den Straßen und Plätzen zusammen. Daher der Name, den man ihnen als Partei gab: forensis factio. Als eine Partei aber im Staate, und zwar schon mit einer gewissen, stets wachsenden Bedeutung erscheinen sie seit dem Anfang des fünften Jahrhun-

---

m) In divin. cap. 3. (Orell. p. 103.)

n) Verf. des Servius S. 494. Vgl. auch Mommsen die röm. Tibus S. 162 ff.

o) Liv. XXIV 18.

p) L. 7 § 3 D. de susp. tutor. (26, 10).

q) [Vgl. Mommsen Staatsrecht II S. 388. 403, wonach obige Annahme nicht mehr zutrifft, seitdem die aerarii in die städtischen Tribus eingereiht worden.]

derts. Sie strebten nach dem plebejischen Recht. Gegen die Mitte dieses Jahrhunderts fand die Partei einen geschickten Führer in einem Schreiber Cn. Flavius, der mit einem Erbfeind der Plebs, Appius Cäcus, in Geschäftsverbindung stand.

Dieser Appius, aus dem Geschlecht der Claudier, kam als Censor den Bestrebungen jener Partei entgegen, indem er den ihm verhaßten Stand der Plebejer durch die Aufnahme mißgeachteter Glieder zu kränken und zu corrumpiren unternahm, ohne zu bedenken oder zu beachten, daß er damit seinem eigenen Stand schadete, indem er den Staat völlig demokratisch machte, ja in die Hände der niedrigsten Volksclasse gab. Appius schrieb die Libertinen in die Tribus ein, und machte sie dadurch zu Plebejern, er breitete sie in alle Tribus aus, und gab ihnen dadurch in den Tributcomitien, da regelmäßig nur ein Theil der Plebejer in die Versammlung kam, ein factisches Uebergewicht. Noch mehr, er nahm in den Senat Enkel von Freigelassenen auf. Die Partei zeigte ihre wachsende Macht sofort dadurch, daß sie jenen Flavius, den Sohn (oder Enkel) eines Freigelassenen, zu obrigkeitlichen Würden, zuletzt für das Jahr 450 zur curulischen Aedilität berief, eine Wahl, die ohne Beispiel war und jeden wohlgesinnten Bürger, Plebejer und Patricier, das Aeußerste fürchten ließ. [r])

Um dem Unwesen entgegenzutreten, wurden 450 Q. Fabius und P. Decius, die angesehensten aus beiden Ständen, zu Censoren gewählt. Diese verfuhren mit großer Weisheit. Sie sahen ein, daß eine reine Wiederherstellung des Alten unthunlich war, sie hätte die zahlreiche Partei gereizt und immer neue Unruhen veranlaßt. Zugleich überzeugten sie sich, daß auch noch Anderes in der bisherigen Verfassung einer Reform bedurfte; mit dieser konnte der Geist der alten Verfassung gesichert, und zugleich die Faction durch Befriedigung billiger Ansprüche beschwichtigt werden. Livius bezeichnet den Erfolg dieser Censur im allgemeinen als eine ordinum temperatio, speciell führt er nur die Beschränkung der forensis turba auf vier Tribus, die städtischen an, wovon die Folge gewesen sei, daß die Comitien (Tribut- und Centuriatcomitien) nicht mehr in den Händen dieser niedrigsten Classe waren, ferner daß die Ritterschau auf die Iden des Quinctilis gesetzt wurde. Niebuhr hat durch eine, wie ich glaube, glückliche Combination mit der Censur von 450 die Veränderung der Centurienverfassung in Verbindung gebracht, über deren Zeit sowohl als Beschaffenheit die Ansichten höchst verschieden sind. [s])

LXI. Livius und Dionysius bemerken, daß die Einrichtung der Centuriatcomitien, wie sie zu ihrer Zeit bestand, von der servianischen bedeutend abweiche. [a]) Beide deuten an, die Centurien seien mit den Tribus in eine Verbindung gebracht worden, ohne daß man darum aufgehört habe, Tributcomitien und Centuriatcomitien zu unterscheiden, am deutlichsten Livius, indem er sagt: nec mirari oportet, hunc ordinem, qui nunc est, post expletas quinque et triginta tribus duplicato earum numero centuriis iuniorum senio-

---

r) Liv. IX 46.

s) Ueber die ältere Literatur s. Savigny Verbindung der Centurien mit den Tribus, in Hugo's civil Magazin III 16 [neu abgedruckt und mit einem Nachtrag über die neueren Bearbeitungen dieses Punktes vermehrt, in den vermischten Schriften I Num. 1. 1850.] Jetzt sind zu vergleichen: Niebuhr III 374 ff. Huschke Verf. des Servius S. 611 ff. Böckh metrolog. Untersuchungen S. 427 ff. Göttling Gesch. der röm. Staatsverf. S. 380 ff. Peter die Epochen der Verfassungsgeschichte der röm. Republik 1841. Mommsen die röm. Tribus S. 72 ff.

a) Liv. I 43. Dionys. IV 21.

rumque ad institutam ab Servio Tullio summam non convenire, und noch ausdrücklich hinzufügt, daß in der servianischen Verfassung die Tribus mit den Centurien in keiner Verbindung gewesen wären.[b] Aber auch Dionysius meint dieß, indem er im Gegensatz gegen die unmittelbar vorher beschriebene Prävalenz des Reichthums in den servianischen Comitien hinzufügt, die Centurien seien nicht weggefallen, aber ihre Aufrufung geschehe in anderer Art, und die Einrichtung habe sich εἰς τὸ δημοτικώτερον verändert, was offenbar bei ihm nichts anderes heißt, als sie beruhe nicht mehr auf dem Uebergewicht der Reichen.

Daß aber die Centurien Theile der Tribus geworden sind, wird durch andere Zeugnisse auf das entschiedenste beglaubigt. Sie führen denselben Namen wie die Tribus, der tribus aniensis z. B. entspricht eine centuria aniensis seniorum und eine iuniorum;[c] mit der Ausstoßung aus der Tribus erfolgt zugleich das Ausstreichen aus dem album centuriae;[d] daß die Centuriatcomitien tribusweise berufen wurden, geht aus vielen Stellen hervor,[e] Cicero beschreibt den Hergang bei denselben mit den Worten: vocatae tribus, latum suffragium, ja er nennt in derselben Stelle die Centurie ausdrücklich den Theil einer Tribus.[f] Auf der andern Seite werden die Centurien in den Comitien doch noch immer zugleich als Theil von Classen berufen; Livius beschreibt ein iudicium populi, das seinen Anfang damit genommen hatte, daß von den zwölf Rittercenturien acht und viele andere der ersten Classe den Angeklagten condemnirten,[g] Cicero eine Consularwahl: sortitio praerogativae — prima classis vocatur — deinde ut assolet suffragia,[h] tum secunda classis —.[i] Dieß würde mit jenen andern Zeugnissen und mit den obigen allgemeinen Aeußerungen von Livius und Dionysius nur dann in einem unauflöslichen Widerspruch stehen, wenn wir genöthigt wären, diese späteren Comitialclassen mit den alten servianischen für identisch zu halten, wozu wir keineswegs berechtigt sind. Aus der fortwährenden Existenz auch dieser servianischen Classen als einer censuellen Eintheilung der Bürger nach ihrem Vermögen, welche allerdings sicher beglaubigt ist,[k] folgt jene Identität nicht, deren Annahme durch die angeführten unbestreitbaren Thatsachen ausgeschlossen wird.[l]

Alle diese Facta ordnen sich zu einem sicheren Resultat für die spätere

---

b) Neque hae tribus (die vier servianischen) ad centuriarum *distributionem numerumque* quidquam pertinuere. Darin liegt, daß später die Tribus auf die Vertheilung der Centurien (in die Classen) und ihre Zahl Einfluß hatten; das brauchte er nicht ausdrücklich zu sagen, weil es ohnehin jedermann vor Augen lag.

c) Liv. XXIV 7 u. a. Mommsen S. 75. 76 ff.

d) Schol. in divin. cap. 3

e) Der Censor Livius z. B. notirte 34 Tribus, weil sie ihn verurtheilt, und dessenungeachtet zum Consul und Censor gewählt hätten Liv. XXIX 37.

f) Cic. pro Planc. 20. In agrar. II 3 spricht er von Stimmen der Tribus bei seiner Wahl zum Consul.

g) Liv. XLIII 16.

h) Die sex suffragia (§48), vgl. Niebuhr III 398. Huschke S. 614.

i) Cic. philipp. II 33.

k) Vgl. Böckh a. a. O.

l) Wenn der Verfasser der angeblich sallustischen Briefe an Cäsar de ordinanda republica (II 8), indem er den Einfluß des Reichthums bei den Wahlcomitien zu beseitigen räth, mit Berufung auf einen Vorschlag des C. Gracchus: ut ex confusis quinque classibus sorte centuriae vocarentur, wirklich sich vorgestellt hat (was nicht ganz klar ist), zu Gracchus und Cäsar's Zeit seien die Centuriatcomitien noch nach Vermögensclassen gehalten worden, so ist diese Verwechselung bei einem Buchgelehrten erklärlich und entschuldbar.

Einrichtung der Centurienversammlungen, deren Verständniß durch folgende Erwägung genähert werden wird. Das Princip der servianischen Einrichtung war das Uebergewicht der Reichen gewesen, dieß hatte sich durch die Veränderung der Verhältnisse völlig umgestaltet. Das von Servius für die erste Classe geforderte Vermögen (etwa über 2000 Thaler) hatte lange aufgehört, ein bedeutendes zu sein, auch wenn man in Anschlag bringt, daß nicht alle Güter censuell waren, das im Census angegebene also nur ein Theil des ganzen Vermögens war. Die Stimmen der ersten Classe mußten die wirklich Reichen mit einer überwiegenden Masse von nur eben oder kaum wohlhabend zu nennenden Bürgern theilen, der 90 Centurien der unteren Classen nicht zu gedenken. So hatte die Versammlung factisch einen ganz andern, ochlokratischen Charakter angenommen. Anders die Tributcomitien, denen das natürliche Uebergewicht der Grundeigenthümer eine aristokratischere Haltung gab. In ihnen war überdieß die Prävalenz der alten Bürger gegen den sich vergrößernden Zudrang neu aufgenommener gesichert. Viele Landschaften waren durch Ertheilung des vollen Bürgerrechts mit Aufnahme in die Tribus zum Staat gezogen worden, in der Mitte des fünften Jahrhunderts war dadurch die Zahl der Tribus schon auf 31 gestiegen, zu denen bei der Censur von 454 die zwei- und dreiunddreißigste, bei der von 513 die vier- und fünfunddreißigste kamen. Eine solche neue Tribus faßte mehr Bürger als eine der alten, das Gewicht der alten Bürger war daher nicht so verringert, wie es der Fall gewesen wäre, wenn die Kopfzahl entschieden hätte, und wie es in den Centuriatcomitien nach ihrer bisherigen Einrichtung geschehen mußte. Alles dieses mußte darauf führen, den unmittelbaren Maßstab des Vermögens für die Stellung der gemeinen Bürger in den Centurienversammlungen aufzugeben, die Centurien in eine unterordnende Verbindung mit den Tribus zu bringen, und zugleich ihre Zahl zu verringern, wodurch das Gewicht der Rittercenturien vergrößert ward.[m])

Die neue Ordnung, die an die Stelle der servianischen gesetzt ward (sei es unter der Censur des Fabius und Decius, wie ich nach Niebuhr annehme, oder schon etwas früher),[n]) war nach meiner Ansicht diese:

1) Die Centurien waren nicht mehr Theile der servianischen Classen, sondern der Tribus; in jeder Tribus wurden zwei Centurien unterschieden, daneben blieben die alten Rittercenturien.[o]) So waren damals 80 Centurien: 6 patricische, 12 plebejische Rittercenturien, 54 Centurien der ländlichen, 8

---

m) Die Ansichten, nach welchen die Zahl der Centurien in Folge der Veränderung, von welcher hier die Rede ist, vergrößert worden wäre (wie die neuesten Schriftsteller über diesen Punkt wieder annehmen), halte ich für entschieden verfehlt.

n) Die Veränderung mit Huschke schon in die ersten Zeiten nach Vertreibung der Könige zu setzen, scheint mir aus Gründen, die in der bisherigen Auseinandersetzung liegen, unstatthaft, auch abgesehen von der Bemerkung des Dionysius, daß die alte Einrichtung viele Menschenalter hindurch bestanden habe. Dagegen ist auch kein Grund, sie mit Göttling und Mommsen weit später anzunehmen. Diese Gelehrten setzen voraus, es müsse ihr die Vermehrung der Tribus auf 35 vorhergegangen sein, wozu sie etwa ihre Theorie, aber keineswegs die Sache selbst nöthigt.

o) Livius spricht von der Verdoppelung der Tribuszahl durch Centurien der Jüngeren und Aelteren, dieß bezieht sich also nur auf die Centurien, die zum Theil iuniorum und seniorum sind, nicht auf die der Ritter, die eine solche Eintheilung nicht haben. Gerade die im Text gemachte Annahme entspricht vollkommen der Stelle des Livius, nicht, wie Göttling glaubt, die, daß die Gesammtzahl der Centurien eine Verdoppelung der Tribuszahl darstelle, wonach man entweder im Ganzen 70 Centurien oder, wie er will, 70 in jeder Classe, also 350 im Ganzen annehmen müßte.

der städtischen Tribus. Als die Zahl der Tribus auf 35 gestiegen war, enthielten die ländlichen Tribus 62, es waren also im Ganzen 88 Centurien.

2) Die Abstimmung in den Centuriatcomitien geschah noch immer mit Aufrufung zuerst der plebejischen Rittercenturien, dann der fünf Classen, so daß zwischen der ersten und zweiten Classe die sex suffragia stimmten. Aber diese Classen wurden für die Comitien nicht mehr nach dem Vermögen bestimmt, sondern die Tribus nach einem für uns nicht zu ermittelnden Verhältniß in die Classen vertheilt, um die äußere Erscheinung der alten Versammlungen und namentlich die solennen Aufrufungsformeln beizubehalten, was für eine mit geheiligten Bestimmungen verwebte und von religiösen Anschauungen getragene Verfassung wichtig war. [p])

3) Jeder römische Bürger mit Stimmrecht mußte in einer Tribus sein, nur dadurch erhielt er die Theilnahme nicht bloß an den Tribut-, sondern auch an den Centuriatcomitien. In welche Tribus ein Bürger gehörte, bestimmten die Censoren. Darauf bezieht sich eine Stelle des Livius, in welcher Huschke mit Unrecht eine Anordnung der Bürger in dem Innern einer Tribus hat finden wollen. [q]) Die Zuweisung zu einer Tribus bestimmte sich vor allem nach der Herkunft (generibus hominum), der Bürger kam regelmäßig in die Tribus, die der Region, aus der er stammte, entsprach; dieß war besonders wichtig in Beziehung auf die neuen Bürger, die nicht in die alten Tribus kommen sollten, auch wenn sie in dem District derselben eine Erwerbung machten, und vielleicht dort wohnten; das Domicilium entschied nicht, ein in Rom Wohnhafter konnte in einer ländlichen Tribus sein. Die Söhne ferner kamen in die Tribus ihrer Väter. Sodann war der Stand ein entscheidendes Princip (dieß deutet das Wort causis der angeführten Stelle an), namentlich für die Libertinen, sie wurden durch die Censoren von 450 auf die vier städtischen Tribus beschränkt, wodurch ihr Einfluß in beiden Arten von Comitien gleicherweise gemindert ward. Später wurde diese Norm öfters verletzt und wiederhergestellt, dann auf die Freigelassenen (also die selbst Sclaven gewesen waren) beschränkt, diese aber in eine einzige Tribus zusammengeworfen. [r]) Befreiung von dieser Beschränkung erhielt ein Freigelassener, der einen über fünfjährigen Sohn hatte, [s]) ferner der einen ländlichen Grundbesitz von wenigstens 30 000 Sesterzen an Werth nachweisen konnte. Die quaestus, die Livius noch als Princip angiebt, sind wohl die Gewerbe, die den sie Betreibenden ebenfalls in die städtischen

---

p) Huschke, der die Veränderung in die Zeit hinaufsetzt (Note n), als 21 Tribus, also 17 ländliche waren, eine Zahl, von welcher die der 170 Centurien der fünf Classen das Zehnfache ist, glaubt, daß in demselben Verhältniß die (17) Tribus unter die Classen vertheilt worden seien, in die erste 8 Tribus (statt 80 Centurien), in die zweite 2 (statt der 20 Centurien derselben), eben so in die dritte, vierte, in die fünfte 3 Tribus. Er meint also, die Centurienversammlung habe nur aus den tribus rusticae bestanden. Die neuen Tribus seien den Classen angeschlossen worden, endlich auch die städtischen.

q) Vers. des Servius S. 684 ff. Die Stelle, in welcher diese „gründliche Reform" durch die Censoren des J. 575 erzählt sein soll, besteht aus den wenigen Worten (Liv. XL 51): Mutarunt suffragia, regionatimque generibus hominum causisque et quaestibus tribus descripserunt.

r) Vgl. Walter Geschichte des R. R. S. 122. [3. Aufl. I S. 150.]

s) Liv. XLV 15: — praeter eos quibus filius quinquenni major ex senatusconsulto esset — Walter emendirt: ex se natus, ein leiblicher im Gegensatz zu einem Adoptivsohn. (Dafür würden sich die Worte des P. Scipio bei Gell. V 19: filium adoptivum tam procedere quam si ex se natum habeat, anführen lassen.) Sinnlos ist die handschriftliche Lesart nicht; die Metastase entfernt sich nicht so sehr weit von dem häufigen Ausdruck ex lege aelia sentia uxorem ducere und ähnlichen.

Tribus brachten; wie manche Gewerbe infamirten, und dadurch zum Aerarier machten, so konnten andere wenigstens eine Nota des Censors, ein mutare iubere tribum veranlassen. Alle diese Rücksichten, welche die Censoren des Jahres 575 beobachteten, waren keine neuen Normen, nur wurden sie von manchen Censoren vernachlässigt; die strengere Handhabung durch jene hatte daher eine nicht unbedeutende Aenderung in der Zusammensetzung der Tribus zur Folge. Dieß ist der Sinn der angeführten Stelle des Livius.

4) Der Census wurde nach den Tribus gehalten. Daß nun dabei unter den Bürgern, die zu einer Tribus gehörten, Ordnungen unterschieden wurden, ist gewiß. Hierauf darf wohl die Stelle des Cicero bezogen werden: quam commode ordines descripti, aetates, classes, equitatus, in quo suffragia sunt, etiam senatus.[t]) Vor allem wurden die Bürger einer Tribus nach dem Alter geschieden, um die centuriae seniorum et iuniorum zu constituiren, dann nach den Vermögensclassen, so daß in jeder Tribus diese Eintheilung nach dem Vermögen sich wiederholte. Ferner wurden die ritterlichen Bürger unterschieden, die einen Census von 400 000 Sesterzen (einer Million Asses) haben mußten,[u]) und die von den Censoren auch besonders nach den Tribus gemustert wurden,[v]) endlich auch die senatorischen Bürger.[w]) Daß diese Unterschiede sämmtlich auch in den Comitien hervorgetreten sind, und namentlich in den Centuriatcomitien, ist damit noch keineswegs gesagt. Denkbar ist, daß in beiden Arten von Comitien in den einzelnen Tribus und Centurien eine Ordnung des Stimmgebens der einzelnen Bürger nach jenen Unterschieden (in den Tributcomitien

---

t) de republ. IV 2.

u) Gewiß ist freilich nur, daß der Rittercensus in späterer Zeit so viel betrug, aber nicht weniger, daß schon früher ein eigener census equester bestand. Es scheint mir eine kleine Uebereilung, wenn Göttling (S. 372 Not. 2) Liv. V 7: quum repente quibus census equester erat, equi publici non erant assignati (nicht zum activen Dienst berufen), consilio primus inter sese habito, senatum adeunt, factaque dicendi potestate, equis se suis stipendia facturos promittunt — von dem Census der ersten Classe verstanden wissen will, der nach seiner Meinung auch der Rittercensus gewesen sei, ohne zu bedenken, daß hienach jene Patrioten alle Bürger der ersten Classe hätten sein müssen, während Livius selbst gleich darauf die Plebs mit dem Ruf: *pedestris ordinis* nunc esse operam reipublicae extra ordinem polliceri, jenes Beispiel nachahmen läßt, wohin doch ohne Zweifel auch die Bürger der ersten Classe, der Kern des Fußvolks, gehörten. Ein größeres Versehen ist es, wenn derselbe Gelehrte jene seine Meinung durch Liv. XXXIX 19 positiv bestätigt glaubt. Dem P. Aebutius, dem Angeber der bacchanalischen Umtriebe im J. 568 (Sp. Postumio Q. Marcio coss.; Göttling nennt aus Versehen das Jahr 573 nach den capitolinischen Fasten, 574 nach der varronischen Zeitrechnung, A. Postumio C. Calpurnio coss.), decretirte der Senat eine Belohnung von 100 000 Asses, und zugleich die Freiheit vom Kriegsdienst: ne invitus militaret, neve censor ei equum publicum assignaret. „Ein sicherer Beweis," schließt Göttling, „daß dem Censor dieß sonst frei stand bei Anderen dieses Census (von 100 000 Asses)." Dieser Schluß beruht, wie man sieht, auf der stillschweigenden, aber enormen Voraussetzung, daß Aebutius vor jener Schenkung nichts im Vermögen gehabt hätte! Zum Ueberfluß sagt Livius (XXXIX 9), der Vater desselben schon sei Ritter gewesen, und daß dieser dem Sohn ein bedeutendes Vermögen hinterlassen habe, geht aus den folgenden Aeußerungen über das eigennützige Benehmen des Stiefvaters und das entgegengesetzte der Concubine hervor. — 540 wurde, um die Flotte zu bemannen, den reicheren Bürgern nach gewissen Abstufungen die Stellung von Matrosen auferlegt: jedem Senator die Stellung von acht Mann, den Senatoren zunächst stehen die mit über einer Million Asses Censirten, von denen jeder sieben zu stellen hat, Liv. XXIV 11. Höchst wahrscheinlich sind damit eben die zum Ritterdienst verpflichteten Bürger gemeint, es wird nicht der Name equites für sie gebraucht, weil sie dieses doch erst durch die wirkliche assignatio equi publici wurden.

v) Liv. XXIX 37.

w) Seit wann auch für die Senatoren ein bestimmter Census gefordert wurde, ist nicht bekannt. In den letzten Zeiten der freien Republik mußte ein Senator ein Vermögen von wenigstens 800 000 Sesterzen haben, August erhöhte die Summe auf 1 200 000.

nach allen, in den Centurien nach den Vermögensclassen) beobachtet wurde, dagegen ist eine Abstimmung nach Vermögensclassen, so daß die Centurien Theile derselben gewesen wären, unannehmbar. Von den Centuriatcomitien selbst, nicht bloß wie dort, von der innern Ordnung der Tribus und Centurien, spricht Cicero an einem andern Ort: descriptus enim populus censu, ordinibus, aetatibus, plus adhibet ad suffragium consilii, quam fuse in tribus convocatus.[x]) Welches sind nun diese Distinctionen, welche die Centurienversammlungen vor den Tributcomitien in ihrer Zusammensetzung voraushaben? Aetatibus ist für sich klar, die seniores und iuniores haben ihre besonderen Suffragien, censu ist nach dem Obigen nicht auf die Vermögensclassen, sondern auf die Rittercenturien zu beziehen, ordinibus geht auf die oben erwähnten Comitialclassen, unter welche die Tribus vertheilt waren, und zugleich wieder auf die Ausscheidung der Ritter von den übrigen Bürgern. Diesen Sinn hat das Wort in der Rede pro Flacco 7: — centuriatim descriptis ordinibus, classibus, aetatibus; zuerst sind die Bürger abgetheilt in ritterliche und nicht ritterliche, die letzteren in jene Classen durch Vertheilung der Tribus in dieselben, endlich in den Tribus selbst wieder in seniores und iuniores. Noch eine andere Abtheilung innerhalb dieser Hälften der Tribus kommt vor.

Man hat für eine größere Anzahl von Centurien in Folge der bisher dargestellten Reform auf einige Inschriften aus Vespasian's Zeit sich berufen.[y]) Auf einer derselben werden Bürger der tribus sucusana iuniorum in acht Reihen aufgeführt, von denen jede mit dem Centurienzeichen und einem daneben stehenden Namen z. B. (centuria) C. Cornelii Successi beginnt, der ohne Zweifel den Vorsteher der Centurie bezeichnet.[z]) Diese Notiz, wenn sie für die Gestaltung der reformirten Centurienversammlung entscheidend wäre, würde mit allen darüber aufgestellten Ansichten in Widerspruch stehen; nach keiner derselben sollen sechzehn Centurien in einer Tribus gewesen sein.[aa]) Aber die angebliche Erheblichkeit dieser Inschriften für die vorliegende Frage beruht lediglich auf der unerwiesenen Voraussetzung, jene Centurien seien mit den Stimmen der Centuriatcomitien identisch. Wenn nach der oben vorgetragenen Ansicht jede Tribushälfte in den Centurienversammlungen eine Stimme hatte und insofern als (Comitial-) Centurie galt, so verträgt sich damit sehr wohl, daß jede zugleich eine Anzahl kleinerer Abtheilungen mit Vorstehern enthielt, um die Bewegung des großen Körpers zu erleichtern; ja selbst eine Function bei den Centuriatcomitien, nämlich zur Gewinnung der Gesammtstimme, wäre damit nicht ausgeschlossen.[bb])

Italien.

LXII. Am Ende des fünften Jahrhunderts waren alle Völker Italiens in Abhängigkeit von Rom gekommen. Dieses Abhängigkeitsverhältniß hatte

---

x) de legib. III 19.

y) S. namentlich Mommsen die röm. Tribus S. 77 ff.

z) Wahrscheinlich sind die Vorsteher identisch mit den acht curatores tribus suc. iunior., die auf einer andern Inschrift vorkommen.

aa) Mommsen sucht die störende Achtzahl dadurch los zu werden, daß er (weil 5 auf eine Seite der Säule, 3 auf die andere geschrieben sind — in der zweiten erwähnten Inschrift wird eine solche Abtheilung nicht gemacht) fünf für die im Grunde allein in Betracht kommenden erklärt; ein Argument, das erst durch künstliche Suppositionen zubereitet werden muß, verliert bedeutend an Kraft.

bb) Wer etwa an dem doppelten Gebrauch des Worts Centurie Anstoß nähme, der wäre daran zu erinnern, daß auch in der servianischen Verfassung dasselbe Wort für zwei verschiedene Körper (die Comitial- und die militärischen Centurien) vorkommt.

die Form eines Bündnisses, das die einzelnen Völker durch die Uebermacht der römischen Waffen nach und nach zu schließen vermocht wurden, und von dem manche von Zeit zu Zeit wieder sich zu befreien, aber vergeblich versucht hatten. Sie hießen daher socii populi romani, oder foederati.

Der Inhalt dieser Bündnisse war natürlich sehr verschieden, sowohl in Beziehung auf die Verhältnisse des Volks im Ganzen, als seiner einzelnen Angehörigen; er hing von den günstigeren und ungünstigeren Umständen ab, unter welchen das Bündniß geschlossen war, von den Rücksichten, welche die Römer dabei zu nehmen sich veranlaßt sahen. Je mehr ihre Macht wuchs, desto drückender waren die Bedingungen, welche sie jenen Völkern auferlegten. Der allgemeine Inhalt, worin eben jene Abhängigkeit bestand, war der, daß die socii nach außen hin ihre Stellung als selbständige Völker aufgaben, sie hatten nicht das Recht Krieg zu führen, dagegen waren sie gehalten, die Römer in dem von ihrem Bündniß vorgeschriebenen Maß durch Hülfstruppen und Geldsubsidien zu unterstützen. Durch diese Contingente vornehmlich wurde Rom in den Stand gesetzt, seine großen Kriege mit Erfolg zu führen; an den Früchten des Kriegs hatten die Socii keinen oder nur den Antheil, den ihnen die zufällige und beschränkte Gunst des herrschenden Volks zukommen lassen wollte. Im Innern dagegen waren diese verbündeten Völkerschaften selbständig, sie hatten ihre eigene Regierung durch selbstgewählte Behörden und durch die Volksversammlung, die auch bei diesen Völkern, wie in Rom, die oberste Gewalt hatte. In der innern Verfassung der einzelnen Städte wurde durch die Bündnisse nichts geändert,[a] ja selbst die politische Verbindung, die unter den verschiedenen Gemeinwesen eines ganzen Volks bestand, wurde regelmäßig nicht aufgelöst.[b]

Jene innere Selbständigkeit wurde auch dadurch nicht sofort aufgehoben, daß eine Stadt die römische Civität, nämlich jene unvollkommene, die oben unter dem Namen des Municipiums (§ 60) vorgekommen ist, erhielt. Anfangs wurde dieses Recht so ertheilt, daß die Stadt ihre von Rom abgesonderte Stellung vollkommen beibehielt.[c] Nachher traten diese Municipia wenigstens aus der politischen Verbindung mit andern Städten ihres Volks heraus, und behielten nur ihre selbständige innere Verwaltung. Aber auch diese wurde manchen entweder ganz entzogen,[d] oder sehr beschränkt, so daß sie keine selbst-

---

a) [Zur Strafe des Abfalls wurde bisweilen eine Oligarchie des Senats eingeführt und die Volksversammlungen aufgehoben, so in Nola nach dem hannibalischen Kriege (538) von Marcellus — Liv. 23, 17 summa rerum senatui tradita — daher wird der Staatsvertrag dieser Stadt mit Abella durch eine von den Senaten beider Städte beauftragte Commission geschlossen. Mommsen unterital. Dialecte (1850) S. 125, der hierin aber mit Unrecht eine allgemeine Maaßregel für alle italische Städte sieht. Vgl. dagegen Savigny Gesch. des R. R. im Mittelalter I S. 39. R.]

b) Ausnahmsweise kam dieß vor, ja es mag die gewöhnliche Folge eines Versuchs der Befreiung von dem römischen Bündniß gewesen sein, wenn das sich auflehnende Volk mit den Waffen zur Unterwerfung zurückgebracht ward. So heißt es von den latinischen Städten 417: ceteris latinis populis connubia commerciaque et concilia *inter se* ademerunt, Liv. VIII 14, vgl. auch IX 43 [XXVI, 34 R.]. So wurde später für Macedonien bestimmt: neque connubium neque commercium agrorum aedificiorumque inter se placere cuiquam extra fines regionis suae esse Liv. XLV 29. [Dadurch wurden die Grundstücke oft unverkäuflich und fielen entweder in die Hände der Bürger, welchen die Erwerbung oder Pacht gestattet war, Cic. Verr. III 40, 93, oder in die Hände der Römer. Vgl. Emil Kuhn Beitr. zur Verf. des röm. Reichs 1849 Num. 2 S. 74 f. R.]

c) Festus v. municeps: — ut semper rempublicam separatim a populo romano haberent — (§ 60 Note d.)

d) Liv. XXVI 16: corpus nullum civitatis, nec senatus nec plebis concilium, nec magistratus esse — praefectum ad iura reddenda ab Roma quotannis missuros.

gewählten Magistrate für die Rechtspflege hatten;[e]) in beiden Fällen wurden praefecti iuri dicundo von Rom aus dahin gesendet, wovon solche Städte den Namen praefecturae führten.[f]) Abgesehen von solchen Städten mit der Civität war der privatrechtliche Verkehr zwischen den Angehörigen der verbündeten Völker und den Römern durch das Bündniß geregelt. Daß ihnen schon vor Ertheilung der Civität allgemein das Connubium gegeben worden wäre, ist nicht wahrscheinlich, und wird durch die Gründe, die man dafür angeführt hat, nicht bewiesen;[g]) dagegen entstand für den Verkehr nach und nach ein allgemeines, über die besonderen Bestimmungen der einzelnen Bündnisse hinausreichendes Recht (ius gentium), von welchem unten die Rede sein wird.

Vor den übrigen Socii waren die Latinen ausgezeichnet, auch durch eine besondere Benennung: nomen latinum, durch welche sie von den andern unterschieden werden. Schon in ältester Zeit bestand ein Bündniß zwischen Rom und den latinischen Städten, anfangs so, daß Rom nur dieselbe Stellung wie jede andere Stadt hatte, später so, daß Rom allein allen andern Städten als zur Hälfte berechtigte Partei gegenüberstand. Der Oberbefehl über das gemeinschaftliche Heer wechselte, die Früchte des Siegs wurden in demselben Verhältniß getheilt. Dieses Bündniß wurde mit diesem Inhalt 261 durch Sp. Cassius erneuert, 268 auf die Herniker ausgedehnt. Am Anfang des fünften Jahrhunderts brach in Folge der immer weiter gehenden Anmaßungen Roms ein Krieg zwischen ihm und Latium aus, der sich 416 mit der Unterjochung des letzteren endigte. Latium (mit Inbegriff der Herniker) kam dadurch in jenes Verhältniß der äußeren Abhängigkeit von Rom, welches oben beschrieben worden ist. Zugleich wurde einer großen Zahl latinischer Städte die Civität ohne Suffragium gegeben, welche später nach und nach für die meisten in das volle Bürgerrecht verwandelt ward.[h])

---

e) Capua, welches die Civität ohne Suffragium 416 (oder 420) erhalten hatte (Liv. VIII 14. Vellei. I 14), empfing 436 zuerst (wenigstens vorübergehend) Präfecten (Liv. IX 20), noch ehe das in der vorigen Note erwähnte Verhängniß die Stadt traf. [Mit diesen Verhältnissen Capua's hat Zumpt fastorum municipalium campanorum fragmentum restitutum et explicatum (comment. epigr. 1850. p. 1—69) ein angebliches Bruchstück campanischer Municipalfasten seit dem marsischen Krieg in Verbindung gebracht, worin Zeile 26 für das Jahr 722 ex k. iul. ad. k. sept. praefecti (vgl. unten § 65 c) vorkommen, über welche Zumpt p. 50—66 ausführliche Untersuchungen angestellt hat. Die Inschrift gehört aber nicht nach Capua, welches, wie Zumpt selbst bemerkt, im marsischen Krieg und bis auf Cäsar gar kein städtisches Gemeinwesen bildete, sondern ist ein Fragment des Venusinischen Kalenders, das sich früher im castello de Capuana in Neapel befand. Mommsen Berichte der sächs. Ges. 1850 S. 224 f., inscr. Neap. n. 697. R.]

f) Festus v. praefecturae. Es war nicht immer die Ungunst gegen eine solche Stadt, welche diese Maßregel hervorrief, sondern auch die Rücksicht auf Römer, wenn diese durch besondere Verkehrsverhältnisse häufig daselbst Recht zu nehmen veranlaßt waren. Capua (Note d) hatte, durch innere Zerwürfnisse veranlaßt, selbst darum gebeten. Bald indessen mag diese Einrichtung eine sehr gewöhnliche Begleiterin der civitas sine suffragio geworden sein (Madvig Opusc. p. 233 ff.).

g) Walter (Gesch. d. R. R. I S. 337) hält nach Niebuhr's Vorgang das allgemeine Connubium für ausgemacht durch ein neuentdecktes Fragment Diodor's (Diodori excerpta Vaticana Lib. XXXVII p. 130 ed. Dind.), wo erzählt wird, daß im Bundesgenossenkrieg Viele in dem gegenüberstehenden Heer ihre Gastfreunde, Kriegsgenossen, ja in Folge des τῆς ἐπιγαμίας νόμος Verwandte entdeckt hätten. Wenn man bedenkt, daß in dem Bundesgenossenheer sich auch Bürger aus Municipien befanden, und hinwiederum in dem römischen durchaus nicht blos römische Bürger, so verliert diese Stelle alle beweisende Kraft. Die Art, wie Diodor davon spricht, berechtigt durchaus nicht, anzunehmen, er habe ein allgemeines Recht des Connubiums vorausgesetzt.

h) Nach 513 entstanden durch diese Verleihungen der Civität mit dem Suffragium keine neuen Tribus mehr, die neuen Bürger stimmten in den alten, die ihnen entweder bei der Verleihung angewiesen waren (Liv. XXXVIII 36), oder bei jeder Versammlung durchs Loos bestimmt wurden.

Das nomen latinum hatte gewisse Vorrechte, die später in ihrer Anwendung auf Städte außerhalb Latiums mit dem Ausdruck des ius latii oder der latinitas bezeichnet wurden. Wenn in jenen Städten mit der Civität ohne Suffragium ein Bürger ein obrigkeitliches Amt bekleidet hatte, so erhielt er dadurch das volle römische Bürgerrecht.[i]) Kein Vorrecht dagegen der latinischen Municipien allein war es, daß man, als viele Municipes sich in Rom, und durch den Census in das volle Bürgerrecht eindrängten, die Zurückweisung derselben in ihre Heimath durch eine Ausnahme zu Gunsten derer milderte, welche einen Stamm in ihrem Municipium zurückgelassen hatten.[k]) Das Connubium, welches in alter Zeit zwischen den Römern und dem latinischen Volk bestanden haben soll,[l]) mag dahin gestellt bleiben, in dem latinischen Recht dieser späteren Zeit ist es gewiß nicht enthalten, während angenommen werden darf, daß der vermögensrechtliche Verkehr unbeschränkt, und daß den Latinen als solchen, also auch den Städten ohne die Civität, die Fähigkeit der quiritischen Vermögensrechte, das römische Commercium gegeben war.[m])

Darauf bezieht sich die Stelle des Livius (XXV 3): sitellaque adlata est, ut sortirentur ubi Latini suffragium ferrent. Daß die Latinen als solche (also ohne römische Bürger zu sein) dieses Recht (vor den übrigen Socii voraus) gehabt hätten, ist so wenig in dieser Stelle enthalten, als in der dafür ebenfalls angeführten von Appian (de bell. civ. I 23). [Das Stimmrecht der latinischen Gemeinden erhellt jetzt unzweifelhaft aus der neu entdeckten latinischen Gemeindeordnung für Malaca (§ 108) c. 53. Die Römer stimmten also z. B. in Tusculum, die Tusculaner in Rom in einem durch das Loos bestimmten Stimmbezirk. Das Stimmrecht der Latiner freilich verschwand mit der Civität derselben. Das der Römer aber bestand fort, daher konnten z. B. cives Romani als incolae (Beisassen) von Malaga dort in einer gelosten Curie stimmen. R.]

i) In der Anwendung auf die latinischen Colonien ist davon die Rede bei Appian. de bell. civ. II 26, Ascon. in Pisonian. (Orell p. 3), Gai. I 96. Gaius spricht von Latinen, welche mit ihren Kindern Bürger werden: quod ius quibusdam peregrinis — eine bedeutende Lücke — magistratum gerunt, civitatem romanam consequuntur, minus *lattum* (Göschen: latum; Niebuhr: latium) est, cum hi tantum, qui vel magistratum vel honorem gerunt, ad civitatem romanam perveniunt idque compluribus epistulis principum significatur. Niebuhr's Emendation, der hier ein minus latium der Colonien, im Gegensatz zu dem maius latium, dem Recht des alten Latiums, beschrieben wissen will, hat vielen Beifall gefunden; ich halte dafür, daß diese Lesart, um nicht eine abrupte, lexicalische, dem Ort und der Weise des Schriftstellers unangemessene Notiz zu geben, weit mehr voraussetzen würde, als in der vorhergehenden Lücke möglicherweise gestanden haben kann. Entscheidend aber ist der Schlußsatz: durch die Constitutionen, auf die er sich beruft, kann Gaius unmöglich eine bloße Definition haben beglaubigen wollen. Der Zusammenhang giebt der Stelle folgenden Sinn. In dem vorhergehenden spricht der Jurist zuerst von Fällen, wo durch die Erwerbung der Civität die väterliche Gewalt über die Kinder nicht entsteht (§ 93. 94, mit Berufung auf Constitutionen). Anders, wenn Latinen mit ihren Kindern Cives werden (§ 95). Dieß Recht sei auch manchen Peregrinen ertheilt worden. Dagegen, fuhr er ohne Zweifel fort, ist das Recht der latinischen Colonien, durch Aemter zur Civität zu kommen, von geringerem Umfang (minus latum est), indem nur die mit einem solchen Amt Bekleideten selbst (nicht ihre schon erzeugten Kinder) zur Civität gelangen (statt perveniunt ist zu lesen perveniant), laut mehrerer Verordnungen der Principes. [Gai. 1, 95. 96 lautet nach Studemund's Lesung so: alia causa est eorum, qui Latii iure cum liberis suis ad civitatem Romanam perveniunt; nam horum in potestate fiunt liberi. quod ius quibusdam peregrinis civitatibus datum est vel a populo Romano vel a senatu vel a Caesare (cuius iuris duae species sunt: nam) aut maius Latium est aut minus. maius est Latium, cum et ii qui decuriones leguntur et ei qui honorem aliquem aut magistratum gerunt, civitatem Romanam consecuntur; minus Latium est, cum hi tantum, qui vel (vel qui hat die Handschrift) magistratum vel honorem gerunt, ad civitatem Romanam perveniunt. Vgl. lex Salpensana c. 21. 22.]

k) Liv. XLI 8.

l) Liv. I 49. Dionys. VI 1. [Vgl. Huschke in der Zeitschr. für Rechtsgeschichte V S. 82.]

m) Der Hauptgrund für diese Annahme liegt darin, daß später das Commercium unbestritten den Hauptbestandtheil der Latinität ausmacht, welche einzelnen Städten und Personen verliehen wurde. [Die Beweiskraft dieses Arguments wird aber dadurch geschwächt, daß das Commercium eben der

LXIII. Es ist nun noch einer besonderen Art von Gemeinden, und ihres Verhältnisses zu Rom zu gedenken, der römischen Colonien, welche theils die Civität hatten, coloniae civium romanorum, theils das Jus Latii, coloniae latinae.[a])

Die Römer pflegten ihre Eroberungen dadurch zu sichern, daß sie an passenden Orten der von ihnen eingenommenen und feindlichen Einfällen ausgesetzten Gebiete Besatzungen einlegten.[b]) Dieß geschah aber so, daß Ansiedler hingesendet und mit Grundeigenthum aus dem eroberten Land begabt wurden. Die Besatzung bildete daher selbst eine angesessene Gemeinde, welche die bisherigen Einwohner des Orts in Zaum halten, den Platz gegen Angriffe von Außen vertheidigen, und zugleich die im Rücken liegenden Landstriche decken sollte. Die ältesten dieser Colonien sind durch Ausführung römischer Bürger gebildet, die ihr volles Bürgerrecht behielten,[c]) aber zugleich eine besondere Gemeinde mit eigner Verwaltung ausmachten. So lange ihre ursprüngliche Bestimmung in Kraft blieb, waren sie frei von dem Dienst im Heer,[d]) diese Befreiung verlor sich später mit ihrem Grund, viele Colonien hörten mit der wachsenden Ausdehnung der römischen Macht auf, Grenzvesten zu sein, manche wurden späterhin von vorn herein nicht in jener Absicht, sondern um den ärmeren Bürgern Grundeigenthum zu verschaffen, ausgeführt, nur wenige erhielten die alte Befreiung. Die bisherigen Einwohner des Orts kamen in ein untergeordnetes Verhältniß zu der neuen Gemeinde der Colonisten; wahrscheinlich erhielten sie die civitas sine suffragio, hatten aber auch an der Gemeindeverwaltung keinen Theil. Ausnahmsweise wurde ihnen erlaubt, sich selbst in die Colonie einschreiben zu lassen.[e])

Der Ausdruck latinische Colonie kann eine dreifache Bedeutung haben: Colonien des alten Latium; Colonien, welche von dem Bund zwischen Römern, Latinen und Hernikern ausgegangen sind; endlich römische Colonien mit latinischem Recht. Bloß von den letzteren ist hier die Rede. Auch bei diesen sind zwei Arten zu unterscheiden: die durch eine wirkliche Ausführung und Anlegung, in der Weise jener Bürgercolonien, entstandenen,[f]) und die, wie es später vorkommt, durch ein Gesetz ohne Veränderung in den Einwohnern zu Colonien erklärten. Wir sprechen zunächst von jenen. Die ursprüngliche Bestimmung der Colonien machte die Aufnahme unter die Zahl ihrer Bürger zu einer Last, die auch für den ärmeren Römer durch die Landanweisungen, wenn sie nicht sehr beträchtlich waren, kaum aufgewogen wurde; daher suchten die Römer, wo es irgend unbedenklich erschien, und an weniger wichtigen Punkten, die Colonien durch Latinen oder andere zuverlässige Bundesgenossen u besetzen. Die Zahl dieser latinischen überstieg bald die der Bürgercolonien,

---

Preis für die Uebersiedlung der Latinen, qui proprios populos propriasque civitates habebant et erant peregrinorum numero, in die latinischen Colonien gewesen sein konnte. Vgl. Rudorff in den Schriften der römischen Feldmesser 2 S. 377. R.]

a) Ueber diesen Gegenstand ist besonders zu vergleichen: J. N. Madvig de iure et condicione coloniarum populi romani 1832 (Opusc. academ. 1834 p. 208—304) [Marquardt röm. Staatsverwaltung I S. 35 ff. 47 ff.]

b) Appian. bell. civ. I 7. Sic. Flacc. p. 2 Goes.

c) Madvig p. 244—255.

d) Huschke Verf. des Servius, S. 481 ff. *e*) Liv. VIII 14.

f) Ob Festus unter den *priscae* latinae coloniae die im Gegensatz zu den folgenden, oder die Colonien des alten Latium verstand, ist ungewiß. [Vgl. Gerlach und Bachofen Gesch. d. Römer 1851 I S. 199 f.]

im Jahr 545 waren es dreißig,[g]) für das Jahr 536 wird die Zahl 53 als die aller Colonien angegeben.[h])

Diese Colonien hatten das latinische Recht, und damit ihre Bürger das Vorrecht, durch eine in der Gemeinde bekleidete obrigkeitliche Würde das römische Bürgerrecht zu erwerben, ferner die Fähigkeit des römischen Vermögensrechts, auf der andern Seite unterlagen sie auch der Verpflichtung der latinischen Städte in Beziehung auf Kriegsdienst und Abgaben. In diesen Colonien vornehmlich erhielt sich der Begriff der Latinität, nachdem die latinischen Städte größtentheils nach und nach die Civität erhalten hatten.

Es ist so eben das Commercium als ein Recht der latinischen Colonien aufgeführt worden. Für die späteren nach der Lex Julia von 664 (§ 64) ist dieß unbestritten,[i]) daß aber die rechtliche Stellung dieser dem Recht der älteren nachgebildet war, wie die gewisser Freigelassener hinwiederum jener,[k]) ist schon aus dem Gebrauch der gleichen Bezeichnung, die außerdem keinen Sinn hätte, ersichtlich. Nun hat aber eine Aeußerung Cicero's Bedenken erregt, der in einer Rede die testamentarische Erbfähigkeit seines Clienten, eines Volaterraners, dessen Vaterstadt durch ein Gesetz des Sulla das Bürgerrecht verloren hatte, mit der Bemerkung vertheidigt, Sulla habe den Volaterranern das Commercium nicht entzogen (non sustulerit horum nexa atque hereditates), da er ihnen dasselbe Recht gegeben habe, welches die Ariminenser gehabt hätten, quos quis ignorat XII coloniarum fuisse et a civibus romanis hereditates capere potuisse.[l]) Ariminum war eine latinische Colonie, 486 nach Unterwerfung der Picenter ausgeführt; war nun vielleicht das Commercium ein ganz besonderes Vorrecht dieser einzelnen Colonie, daß sie in dem Gesetz des Sulla als Muster für die rechtliche Stellung der Volaterraner erwähnt wurde? Daß ihre Hervorhebung in dem Gesetz nicht so verstanden werden darf, ergiebt sich aus den Worten des Cicero selbst, der einer Anzahl anderer Colonien dasselbe Recht zuschreibt. Aber er nennt doch immer nur eine gewisse Zahl für das Recht des Commerciums oder für diesen besonderen Bestandtheil desselben, das testamentarische Erbrecht, also ist dieses kein allgemeines Recht aller latinischen Colonien gewesen? Auf diesen Grund hat Savigny folgende Ansicht über die Latinität gebaut.[m]) Von den alten latinischen Colonien hatte nur ein Theil das Commercium. Im zweiten punischen Krieg hatten zwölf derselben Mannschaft und Abgaben verweigert,[n]) zur Strafe wurde ihnen das Doppelte auferlegt, jedem Bürger derselben überdieß eine Vermögenssteuer zu 1 von 1000, nach einer Schätzung, die nach der Formel der römischen Censoren geschehen sollte.[o]) Unter den willigen und treuen achtzehn war Ariminum, sie wurden durch ein ehrendes Decret des Senats belobt. Bei dieser Gelegenheit sei ihnen, glaubt Savigny, das Commercium als Belohnung

---

g) Liv. XXVII 9. *h*) Ascon. in Pisonian. (Orell. p. 3.)

i) Ulpian. fragm. XIX 4: mancipatio locum habet inter cives romanos et latinos coloniarios latinosque iunianos eosque peregrinos, quibus commercium datum est.

k) Gaius III 56: — appellatos esse latinos iunianos: latinos ideo, quia lex eos liberos perinde esse voluit, atque si essent cives romani ingenui, qui ex urbe Roma in latinas colonias deducti latini coloniarii esse coeperunt, iunianos ideo, quia per legem iuniam liberi facti sunt, etiamsi non cives romani.

l) Cic. pro Caec. 35.

m) v. Savigny über die Entstehung und Fortbildung der Latinität als eines eigenen Standes im römischen Staate (Abhandlungen der Berl. Acad. der Wissensch. 1812 u. 1813. Zeitschrift für gesch. Rechtsw. V 5 Vermischte Schriften 1850 I Num. 2).

n) Liv. XXVII 9. *o*) Liv. XXIX 15.

gegeben worden,[p]) und damit stimme jene Stelle des Cicero überein, wenn man statt Zwölf die Zahl Achtzehn (XIIX statt XII) setze. Umgekehrt hält Huschke die Zahl XII (und die Beziehung auf jenes Ereigniß im hannibalischen Krieg) fest, und verändert Ariminenses in Interamnenses, eine der bestraften Colonien, indem er sich darauf beruft, daß in der Unterwerfung unter den Census das Commercium lag.[q]) Darin, daß nicht alle latinischen Colonien das Commercium gehabt hätten, stimmt er mit Savigny überein.

Mir scheint es überhaupt eine gewagte Voraussetzung, daß, weil Cicero eine gewisse Zahl von Colonien in einer gewissen Rücksicht hervorhebt, Livius aber von einer gleichen Zahl (geben wir dieß einmal zu) in einer andern Beziehung spricht, diese beiden Dinge mit einander zu combiniren seien; höchst bedenklich aber wird die Sache dadurch, daß überdieß noch erhebliche Hindernisse dieser an sich schon ziemlich willkürlichen Verbindung durch Emendation entfernt werden müssen.[r]) Und wenn endlich die Combination zulässig wäre, so würde eben so wohl angenommen werden können, die treulosen Colonien seien mit dem Verlust eines Theils ihres Commerciums (des testamentarischen Erbrechts) bestraft worden, so daß dieser eine unterscheidende Eigenschaft der getreuen blieb. Jedenfalls ist an der Ansicht Huschke's das richtig, daß der Census, dem die Colonien nach der Stelle des Livius unterworfen waren, das Commercium derselben voraussetzt; dieser Census und mit ihm das Commercium ist aber für die bestraften Colonien nicht erst eingeführt worden, sie verloren nur die selbständige Abhaltung desselben durch ihre eigenen Censoren, die nunmehr ihre Vertreter bei dem Census zu Rom wurden; sonst hatten sie sich selbst, jetzt wurden sie in Rom censirt.[s]) Wie haben wir nun die Worte Cicero's zu verstehen? Alles, was sich daraus entnehmen läßt, ist, daß das Commercium der alten latinischen Colonien, welches an sich auch das testamentarische Erbrecht begriff, nicht überall das Recht enthielt, durch das Testament eines römischen Bürgers zu erwerben (a civibus romanis hereditates capere), wie es später Latinen gab, welchen durch die Lex Junia dieses Recht entzogen war.[t])

---

p) Wenn Madvig (p. 283) dagegen einwendet, das Commercium habe für die von Rom entfernt liegenden Colonien kein Interesse gehabt, so vergißt er, anderer Gegengründe zu geschweigen, daß es auch außer Rom Städte mit dem römischen Bürgerrecht gab.

q) Huschke Verf. des Servius S. 572 f. Not. (Er mißversteht zugleich die commercia etc. inter se, wovon § 62 Note a die Rede war.)

r) Diese Zahl findet sich noch einmal in einem Gesetz des Livius Drusus, nach welchem zwölf Colonien ausgeführt werden sollten (Appian. de bell. civ. I 23. Plutarch. C. Gracch. 9. 10); auch darauf hat man die Stelle des Cicero beziehen wollen. Dagegen s. Madvig a. a. O. p. 290.

s) Duodecim deinde coloniarum, quod nunquam antea factum erat, deferentibus ipsarum coloniarum censoribus, censum acceperunt (Livius et Claudius), ut quantum numero militum, quantum pecunia valerent, in publicis tabulis monumenta exstarent. Liv. XXIX 37.

t) Die Latini Juniani s. Bd. II § 217. [Mommsen Röm. Gesch. I S. 610. Gesch. des röm. Münzwesens S. 311 f. und nach ihm M. Voigt das ius naturale II S. 349 verstehen unter den 12 latinischen Colonien, die seit 486 in Italien deducirten, unter denen Ariminum die erste war. Dagegen sucht jetzt wieder Zumpt comm. epigr. p. 233, 591, welchem Huschke über die lex Sempronia iudiciaria, Zeitschr. für Rechtsgeschichte V (1865) beitritt, auszuführen, daß die senatorische lex Livia des M. Drusus vom Jahre 631 (§ 72 § 73 r) 12 alte latinische Colonien, darunter Rimini, durch römische Bürger und römisches Gemeinland verstärkt und den sämmtlichen Colonien das gesammte civile Privatrecht unter Lebenden und von Todes wegen verliehen habe, welches Recht ihnen dann auch Sulla beließ. Dafür spricht Cic. pro Caec. c. 34, 97 'iam vero in ceteris, ut omnes qui in eadem causa sunt et *lege agant* et *suum ius persequantur* et omnes iure civili sine cuiusquam aut magistratus aut iudicis aut periti

LXIV. In der Mitte des siebenten Jahrhunderts erhob sich unter den föderirten Völkern eine mächtige Agitation, durch die mit der Erweiterung des römischen Staats immer drückender werdenden Lasten erregt, durch römische Parteihäupter unterstützt. Die italischen Völker verlangten die Civität und einen ihren Leistungen entsprechenden Antheil am Regiment, manche Römer waren dieser Forderung geneigt, in der Hoffnung, ihre Partei durch diese neuen Bürger zu verstärken,[a]) einige jener Völker mögen mehr eine völlige Selbständigkeit gegen Rom, für deren Erlangung die Zeit vorüber war, im Sinn gehabt haben. Die in Rom herrschende Partei wies jene Forderungen ab;[b]) so brach im J. 663 der Bundesgenossenkrieg aus, der Italien verheerte und Rom einen Monat in die äußerste Gefahr brachte.

Nicht alle Städte hatten die Sache der Römer aufzugeben für rathsam gehalten. Wie es allmählich der Einheit der römischen Macht gegen die ersten Erfolge der Feinde sich ins Gleichgewicht zu setzen gelang, kam es darauf an, durch eine kluge Nachgiebigkeit Anhängliche zu belohnen, Schwankende zu festigen, die Gegner durch Trennung der Interessen zu theilen, zugleich aber die zu machenden Concessionen so einzurichten, daß die bisherige Verfassung möglichst erhalten, die Kraft des Staats nach Außen nicht geschwächt werde. Im Jahre 664 wurde durch die Lex Julia den italischen Städten die Civität unter gewissen Bedingungen angeboten und gegeben.[c]) Es erhielten damals die latinischen Colonien, dann die wenigen Städte Latiums, die bei früheren Verleihungen noch übergangen worden waren, und einige etrurische, welche treu geblieben, das volle Bürgerrecht. Im folgenden Jahre legten die meisten Verbündeten die Waffen nieder; ein neues Gesetz, lex plautia papiria 665, gab ihnen die Civität, ohne Zweifel in derselben Art, wie jenes erste, aber mit dem Zusatz, daß auch von auswärts stammende Bürger einer Stadt, wenn sie zur Zeit des Gesetzes in Italien wohnten, und innerhalb 60 Tagen beim Prätor sich meldeten, der Civität theilhaftig werden sollten.[d]) In Folge dieses Gesetzes verbreitete sich das Bürgerrecht über ganz Italien, zuletzt auf die Lucaner und Samniter, die am spätesten sich zu fügen vermocht wurden.[e])

Die Bedingung, unter welcher diese leges de civitate das Bügerrecht anboten, war die Annahme des Gesetzes mit seinem ganzen Inhalt: qui populi in eam legem fundi facti non essent, civitatem non haberent.[f]) Die

---

hominis aut imperiti dubitatione utantur, quid ego commemorem? dubium nemini vestrûm est.' R.]

a) Wie C. Gracchus 631 Appian. de bell. civ. I 23. M. Livius Drusus 663 Vellei. II 13.

b) Lex Licinia Mucia de civibus regundis 659 (von dem Redner Crassus und dem Juristen Scävola; Cicero führt sie als ein Beispiel an, wie den weisesten Männern Gesetze mißlingen könnten), wodurch eine strenge Untersuchung gegen das Einschleichen in das Bürgerrecht angeordnet ward Cic. fragm. Cornel. Ascon. ad h. l. (Orell p. 67), Cic. de off. III 11. Einzelnen ausgezeichneten Männern wurde häufig die Civität gegeben, dieß aber war gegen das Interesse der Völker, wie denn manche in und außer Italien in den Bündnissen, die sie mit den Römern schlossen, ausdrücklich bedungen, daß keiner ihrer Angehörigen zum römischen Bürger sollte gemacht werden Cic. pro Balbo 14. Val. Max. V 2, 8.

c) Cic. pro Balbo 8. Gell. IV 4.

d) Cic. pro Archia 4. ad fam. XIII 30.

e) Appian. I 53. Liv. epit. 80.

f) Cic. pro Balbo 8. 'si ea lex, quam nos haberemus, eadem in populo aliquo tamquam in fundo resedisset.' Fundus ist ein altes juristisches Wort für auctor (nur in einem weniger solennen und hohen Sinn), [Plaut. Trinum. V, 1, 7, nunc mihi is propere conveniendus est, ut quae cum filio egi ei rei fundus pater sit potior.' Paul. Diac. ex Festo v. fundus. 'Fundus quoque dicitur populus esse rei quam alienat, hoc est auctor.' Gell.

angebotene Civität war mit manchen theils natürlichen, theils vielleicht durch specielle Bestimmung des Gesetzes für die neuen Bürger erhöhten Lasten verknüpft, die bisherige Selbständigkeit, durch die factische Uebermacht des römischen Staats freilich prekär, unter Umständen aber doch nicht ohne Werth, ging verloren, die Städte wurden untergeordnete Theile eines großen Staats, dessen künftiger ungewisser, Particularinteressen vielleicht nachtheiliger Gesetzgebung unterworfen;[g] dieß konnte manche wohlhabende Stadt bedenklich machen. Es wird erzählt, daß namentlich in einigen See- und Handelsstädten eine bedeutende Partei gegen die Annahme der Civität stimmte.[h] Aber einzelne Städte konnten nicht hoffen, unter so vielen andern ihre bisherige Stellung zu behaupten; es ist anzunehmen, daß nach einigem Verzug alle Städte Italiens dem Gesetz sich fügten.[i] Die Colonien hatten nicht zu wählen, für sie waren die römischen Gesetze an sich und ohne ihre Zustimmung bindend.

Der Antheil, den die neuen Bürger am Regiment erhielten, wäre bedeutend gewesen, und hätte den Charakter des Staats völlig verändert, wenn sie in alle Tribus vertheilt worden wären und damit ein unermeßliches Uebergewicht über die alten in den Volksversammlungen erhalten hätten.[k] Ihre numerische Ueberlegenheit wurde aber dadurch unwirksam gemacht, daß sie sämmtlich in nur acht Tribus gesetzt, also mit einer beziehungsweise geringen Anzahl von Stimmen abgefunden wurden.[l] Diese acht Tribus könnten neue gewesen sein, die zu den bestehenden 35 hinzukamen; so stellt Appian die Sache dar, dessen Autorität, obwohl seine Darstellung dieser Sache selbst sie höchst problematisch macht, die Neueren hierin zu folgen pflegen.[m] Diese Annahme ist höchst bedenklich, die neuen Tribus müßten ihre eigenen Namen gehabt haben, von

---

noct. Att. 19, 8 'sed hoc ego, inquit Fronto, non ut huius sententiae legisque fundus subscriptorque fierem ' R.]

g) [Selbst die angestammte Sprache wich der römischen. Daher reichen die erhaltenen altitalischen Sprachdenkmäler, so die älteren umbrischen Inschriften um das Jahr 400 (Aufrecht und Kirchhoff die umbrischen Sprachdenkmäler. H. I 1859), die dorischen Tafeln von Heraclea um 430, der oskische Staatsvertrag zwischen Nola und Abella (Mommsen oskische Studien Zeitschr. für gesch. Rechtswiss. XIII 145 f., vgl. dessen unteritalische Dialecte 1850 S. 119 f.) nach dem Jahr 538, selbst die bantische Tafel, zwischen 621 und 636 (Mommsen a. a. O. S. 156 f. 425 f., unterital. Dialecte S. 145. C. I. L. vol. I n. 204. Bruns Fontes p. 45. Vgl. unten § 71 f), sämmtlich in die Zeit vor dem Socialkrieg zurück. R.]

h) Cic. pro Balbo 8.

i) Bei der Annahme des Gesetzes gebrauchte man für die Stadt die Bezeichnung municipium fundanum, ein vorübergehender Ausdruck, kein dauernder Name für eine Classe von Städten. Auf die nach und nach erfolgende Reception der fundana beziehen sich die Senatsbeschlüsse von 667 und 670 bei Liv. epit. 80. 84. [Ueber die Ableitung des Worts und dessen Zusammenhang mit foedus und sponsio vgl. Mommsen röm. Forschungen I. (1864) S. 336 Note 16. Ueber die sachliche Bedeutung dessen Stadtrechte S. 409 Note 45.]

k) Darauf gingen die Rogationen des Tribunen C. Sulpicius 666, und des Consuls Cinna 667 Liv. epit. 77. Velleius II 20.

l) Velleius II 20: itaque cum ita civitas Italiae data esset, ut in VIII tribus contribuerentur novi cives, ne potentia eorum et multitudo veterum civium dignitatem frangeret, plusque possent recepti in beneficium quam auctores beneficii, Cinna in omnibus tribubus eos se distributurum pollicitus est.

m) Appian. de bell. civ. I 49. Nach ihm waren es zehn neue Tribus, in dieser Beziehung ist man geneigt, ihm zu mißtrauen. Aber dieß ist nicht das einzige, was man ihm glauben muß, wenn man seine Ansicht für entscheidend hält. Nach ihm sind die, welche durch die Lex Julia die Civität erhielten, in zehn neue Tribus getheilt worden, in Beziehung auf die durch die Lex Plautia recipirten wurde wieder eben so verfahren (I 53): ἐς δὲ τὰς φυλὰς, ὅμοια τοῖς προτυχοῦσιν, ἕκαστοι κατελέγοντο, τοῦ μὴ τοῖς ἀρχαίοις ἀναμεμιγμένοι ἐπικρατεῖν ἐν ταῖς χειροτονίαις, πλέονες ὄντες.

denen nichts verlautet; nicht lange nachher kommt die alte Zahl der 35 Tribus als bestehend vor, von einer Veränderung ist nicht die Rede, denn jene Rogationen auf Vertheilung der neuen Bürger in alle Tribus (Note k) haben keinen, oder wenigstens keinen dauernden Erfolg gehabt. Das Wahrscheinlichste ist, daß die neuen Bürger in acht von den bestehenden 35 Tribus vertheilt wurden,[n]) und dieß liegt auch in der angeführten Stelle des Vellejus.[o])

LXV. Die Gemeinden, welche nun die Civität erhalten hatten, behielten wie die, welche schon früher aufgenommen worden waren, eine selbständige Verwaltung ihrer inneren Angelegenheiten. An der Spitze derselben stand die Volksversammlung, dann hatten sie einen engeren Rath oder Senat, dessen Glieder decuriones heißen. Zwei oder vier oberste Magistrate (II viri oder IV viri), mit einer den römischen Consuln und Prätoren analogen Stellung, wurden jährlich von der Versammlung der Bürger gewählt, ihre vornehmste Function war die Civilrechtspflege, in der sie so selbständig waren, als der römische Prätor, der allerdings eine mit der ihrigen concurrirende Jurisdiction hatte, da die Stadtbürger zugleich römische Bürger waren, Roma communis patria.[a]) Auch der Criminalgerichtsbarkeit standen sie vor, die in den Städten auf ähnliche Weise, wie in Rom geübt ward. Die Gemeinden hatten ihr besonderes Communalvermögen und die selbständige Verwaltung desselben. Auch der Census, ungeachtet er eine allgemeine Staatsangelegenheit war, wurde von eigenen städtischen Behörden besorgt, aber zur Zeit und nach der Norm des römischen.

In allen diesen Beziehungen war kein Unterschied zwischen den Municipien (zu denen nun auch alle bisherigen latinischen Colonien Italiens gehörten) und den Colonien (civium romanorum). Viele derselben (Municipien und Colonien) kommen noch immer unter dem Namen praefecturae vor, diese hergebrachte Bezeichnung würde erklärlich sein, auch wenn keine Präfecten mehr hingesendet worden wären, sondern nun selbstgewählte Magistrate die Rechtspflege versehen hätten. Auch der Name Präfectus könnte für einen solchen Magistrat beibehalten worden sein. Cicero schreibt im Jahre 708, er habe seinen Sohn, seinen Neffen und einen andern ihm verbundenen Mann in Arpinum, seinem Municipium (welches Festus unter den Präfecturen aufzählt), zu Aedilen constituendi municipii causa wählen lassen, is enim magistratus in nostro municipio nec alius ullus creari solet.[b]) Darin liegt, daß die Arpinaten nach wie vor bloß einen Magistrat mit jener dort herkömmlichen Benennung wählten, aber nicht, daß noch ein Präfect dahin gesendet wurde, und noch weniger, daß diese Einrichtung auch nach der neuen Verfassung, deren von Cicero gedacht wird, und die 709 eintrat, geblieben ist. Die praefecti iuri dicundo, welche in Inschriften sehr häufig vorkommen,[c]) sind theils von den Städten selbst gewählte Beamte, mit allgemeiner[d]) oder specieller Juris-

---

n) Wie es 566 mit den Formianern, Fundanern, Arpinaten geschah, Liv. XXXVIII 36. Vgl. auch Schol. bob. in or. in Vat. (Orell. p. 323): haec enim (tribus Sergia) constabat ex Sabinis et Marsis et Pelignis —.

o) Namentlich in dem Gegensatz: in octo tribus und in omnibus tribubus; es ist der Gegensatz von einigen der bestehenden Tribus und allen, wie er auch bei den Libertinen vorkommt, mit denen die neuen Bürger in der Rogation des Sulpicius zusammengestellt werden, Liv. epit. 77. [Vgl. noch Liv. epit. 84. Marquardt röm. Staatsverwaltung I S. 59.]

a) Vgl. Cic. de leg. II 2. *b*) Cic. ad fam. VIII 11.

c) Vgl. Orelli inscript. lat. sel. 3867 ff. (Zusatz zu § 62 e.)

d) In einer Inschrift (Orell. 4026) wird ein praefectus pro duoviro, wie es scheint, ge-

diction,[e]) theils werden sie von einer Staatsbehörde ernannt, aber nur für den Fall, wenn die Wahl der städtischen Behörden nicht zu Stande gekommen, oder sonst ein Hinderniß ihrer Function eingetreten war.[f]) Präfecturen in der alten Bedeutung gab es vom achten Jahrhundert an nicht mehr, wie sie denn auch Festus als eine antiquirte Einrichtung beschreibt. Manche kleinere Städte heißen fora oder conciliabula oder castella, auch diese haben im Wesentlichen dieselbe Verfassung wie die größeren, nur scheint es, daß sie keine besonderen Behörden für die Abhaltung des Census hatten, und in dieser Beziehung an benachbarte größere Städte gewiesen waren. Zuweilen mag diese Incorporation vollständiger gewesen sein, und in diesem Fall treten sie in die Reihe der vici, Dörfer, die als Anhang einer Stadt betrachtet wurden.[g])

Die Verfassung der italischen Städte wurde, nicht ohne erhebliche Beschränkung der Municipalrechte, durch ein allgemeines Gesetz im Jahr 709 neu geordnet, die lex iulia municipalis von Cäsar.[h]) Von diesem Gesetz, welches für die Folgezeit die Grundlage des Städterechts blieb, wird in der folgenden Periode, in die es seiner Wirkung und Richtung nach gehört, ausführlicher gehandelt werden (§ 90—92).

Durch die Lex Julia von 664 waren alle latinischen Colonien Italiens (und des cisalpinischen Galliens) zu Municipien geworden, einige wenige, die außerhalb Italien bestanden, behielten ihr bisheriges Recht.[i]) Von hier aber entstand eine große Anzahl latinischer Colonien auf eine ganz neue Art, sie wurden nicht mehr durch Deduction italischer Latinen (solche gab es nicht mehr), sondern durch einfache Ertheilung des ius latii an Provincialstädte gestiftet. Dieß geschah zuerst durch Cn. Pompejus Strabo (Consul 665), der den transpadanischen Städten die Latinität gab,[k]) ein Beispiel, das später oft nachgeahmt wurde. Aber auch neue Städte wurden mit dem Recht latinischer Colonien gegründet.[l]) Neben diesen entstand eine neue Art von Bürgercolonien, die Militärcolonien, durch deren Einrichtung die Imperatoren ihre Soldaten

---

nannt. Wahrscheinlich hatten ferner in den alten Präfecturen die duoviri iuri dicundo oder einer derselben den dort für die Gerichtsbehörde herkömmlichen, vornehmeren Titel praefecti I. D.

e) Z. B. späterhin ex lege petronia, für die Untersuchung und Entscheidung, ob ein Sclave wegen eines Vergehens zum Thierkampf bestimmt werden solle Orell. 3679. 3680.

f) Orell. 4041. Zeitschrift für gesch. Rechtswiss. X S. 219 f. Solche scheinen die in der Lex Rubria über das cisalpinische Gallien (s. u. § 90) erwähnten zu sein.

g) Savigny System des heut. R. R. II § 87 S. 250 Note k. Mit jenen fora hatte es vielleicht ursprünglich folgende Bewandtniß. Italien war bis dahin in Volksconföderationen getheilt gewesen; jede enthielt die Städte, als die ihr zugehörigen Einzelstaaten, in sich. Diese Städte verloren jetzt ihre Souveränität, und wurden Bestandtheile des römischen Staats. In jener früheren Zeit nun waren die fora etc. von den souveränen Städten abhängige Orte, und standen ohngefähr in demselben Verhältniß zu ihnen, in das diese nunmehr zu Rom kamen. Mit der neuen Wendung der Dinge wurden jene kleineren Orte von den bisher souveränen Städten emancipirt und ihnen im Ganzen gleichgestellt, eine Maßregel, die nicht bloß politisch klug, sondern auch eine juristisch zu rechtfertigende Consequenz war. — Jenes Abhängigkeitsverhältniß wird berührt in dem Rechtspruch vom J. 637 Orell. 3121. [Mommsen corp. inscr. lat. I n. 199 p. 172—175.] Erläuterungen dazu: Rudorff Q. et M. Minuciorum sententia inter Genuates et Viturios dicta 1842 [wieder abgedruckt in der Zeitschrift für Rechtsgeschichte I S. 168—194.] Vgl. ferner das Decret von Tergeste Orell. 4040. Zumpt decretum mun. tergestin. 1837. [Marquardt röm. Staatsverwaltung I S. 6 ff.]

h) Darauf bezieht sich die Auskunft, die Cicero 709 (ad fam. VI 18) einem Freund über einen Punkt des Gesetzes giebt, ebenso, was er 708 von der Wahl der Magistrate in seinem Municipium mit Rücksicht auf eine bevorstehende neue Constituirung sagt (Note b).

i) Savigny Zeitschrift für gesch. Rechtswiss. IX S. 302 Note.

k) Ascon. in Pisonian. (Orell p. 3).

l) Madvig opusc. acad. p. 291.

belohnten, indem sie ihnen theils in, theils außerhalb Italien Städte mit ihren Gebieten anwiesen, aus denen die bisherigen Bürger und Eigenthümer vertrieben wurden.[m])

Italien wurde bis in die ersten Jahre des achten Jahrhunderts gegen Norden durch die Flüsse Rubicon und Macra begrenzt; der nördlichere Theil der Halbinsel hieß Gallia cisalpina, durch den Po in zwei Hälften, das transpadanische und cispadanische Gallien, getheilt. Dieses cisalpinische Gallien war Provinz und wurde durch einen Proconsul regiert. Zur Belohnung dafür, daß sie mit den Föderirten nicht gemeinschaftliche Sache gemacht hatten, erhielten die transpadanischen Städte durch jene Lex Pompeja 665 das latinische Recht, die cispadanischen die Civität.[n]) Vierzig Jahre später 705 wurde durch Cäsar die Civität auf die Transpadaner erstreckt. Aber noch immer war das Land Provinz, unter der Regierung eines Proconsuls, die Städte entbehrten den wichtigsten Theil der Municipalverfassung, nämlich selbstgewählte Magistrate für die Jurisdiction, diese stand ausschließlich dem Proconsul zu. Im Jahre 711 endlich hörte das cisalpinische Gallien auf Provinz zu sein,[o]) es wurde dem übrigen Italien gleichgestellt, die Regierung durch einen Proconsul fiel weg, die Städte wurden selbständig wie die italischen, und namentlich erhielten sie selbstgewählte Magistrate für die Jurisdiction. Darauf bezieht sich ein Gesetz (lex rubria de Gallia cisalpina), dessen Inhalt unten, in Verbindung mit dem der Lex Julia municipalis (§ 90), dargelegt werden wird.

Die Provinzen.

LXVI. Die Provinzen sind Länder außerhalb Italien unter römischer Herrschaft, durch einen römischen Magistrat regiert. Der Name schließt nicht nothwendig die völlige Unterjochung des ganzen Landes, aber doch eine Festsetzung der römischen Macht in demselben, die Unterwerfung eines Theils davon ein. Die Feldherrn, welche die Eroberung begannen und fortsetzten, sorgten nach ihrem Ermessen in militärischer Weise für die Verwaltung der eingenommenen Landstriche, indem sie sich der bisherigen Obrigkeiten nach Gutdünken bedienten, oder sie veränderten, machten auch wohl definitive Einrichtungen, die dem Senat zur Bestätigung vorgelegt wurden, oder die derselbe dem Imperator zu machen überlassen hatte, indem er ihm ein Consilium aus seiner Mitte zu seiner Berathung beiordnete. Auf die eine oder die andere Art erhielt jede Provinz, nachdem die Eroberung entschieden war, ihre besondere Verfassung (forma provinciae), in der Form eines magistratischen Decrets, oder eines Senatsbeschlusses, oder auch wohl einer Lex, welche die Verfassung im Voraus oder nachfolgend bestätigte.[a]) Diese Provinzialverfassungen waren im Einzelnen sehr verschieden. Die Römer gingen nicht darauf aus, die höchst verschiedenen Nationalitäten, welche sie unter ihre Herrschaft brachten, in dieselben specialen Formen der Verwaltung zu zwingen; sie würden in diesem Fall einen wahrscheinlich vergeblichen, und gewiß zwecklosen Kampf gegen wider-

---

m) Walter Gesch. des R. R. (1860) Kap. 30.

n) Savigny a. a. O. S. 308—326.

o) Savigny S. 331 ff.

a) So z. B. die Lex Pompeja für Bithynien Plin. epist. X 83. 84. 113. 115. Oft wird das Decret des römischen Magistrats schlechthin lex genannt, z. B. das decretum Rupilii für Sicilien Cic. in Verr. II 13. 16., lex Lentuli für Cypern ad fam. XIII 48 u. s. f.

strebende Elemente von großer Kraft zu führen gehabt haben. Erst gegen das Ende der freien Republik finden sich Beispiele speciellerer Bestimmung der Verfassung für die Städte mancher Provinzen, wohin die angeführte Lex Pompeja für Bithynien gehört. Welche Bedeutung die Kenntniß jener Verschiedenheiten, von welchen zahlreiche und doch nur abgerissene und unvollständige Notizen uns überliefert sind, wie sie neben allgemeineren Einrichtungen bestanden, für die Geschichte des Rechts hat, würde sich erst ermessen lassen, wenn sie in umfassenderer Weise, als bisher geschehen ist, untersucht wären. Für unsere Zwecke genügt es, folgendes Allgemeinere hervorzuheben.[b])

Die Wahl der Magistrate, welche als Regenten in die Provinzen gesendet wurden, geschah zu verschiedenen Zeiten auf verschiedene Weise. Anfangs wurde die Zahl der Prätoren zu diesem Behuf vermehrt, von denen dann, nach Loos oder Uebereinkunft, zwei für die praetura urbana und peregrina blieben, die andern in die Provinzen gingen. Später fiel diese directe Wahl weg, die Prätoren, und nachher auch die Consuln, wurden, wenn ihre Amtszeit in Rom vorüber war, als Proprätoren und Proconsuln in die Provinzen geschickt, auf ein Jahr, eine Zeit, die Vielen verlängert ward, bis die Lex Julia von Cäsar festsetzte, daß die Regierung der prätorischen Provinzen nur ein Jahr, die der consularischen zwei Jahre dauern sollte.[c]) Diese Beschränkung war zum Vortheil der neuen Candidaten für die Provincialverwaltung, auch wohl zur Sicherung des Staats gegen die durch längere Dauer anwachsende Gewalt einzelner Regenten,[d]) im Interesse der Provinzen wäre es gewesen, die Regierungen so viel als möglich zu verlängern.[e])

So brachte jedes Jahr einen neuen Gewalthaber, der sich zu bereichern, oder sein, auch wohl in Folge seiner Amtsbewerbung zerrüttetes Vermögen wieder herzustellen kam, mit einem zahlreichen Gefolge von Anhängern, deren jeder seinen Antheil an der Beute, welche die Provinz versprach, begehrte. Der fremde und der Provinz wegen der Kürze seines Amts fremd bleibende Regent war auch bei leidlichem Willen nicht im Stande, für das Gedeihen des Landes zu sorgen. Dazu kam, daß er außer den seinigen, noch gar manchen andern, mit denen der Unterthanen collidirenden Interessen genügen mußte, namentlich den Pächtern der Staatseinkünfte (Publicanen), deren Gunst ihm in Rom wichtig war.[f]) Den meisten machte das Wohl der Provinz wenig Sorge, nicht wenige regierten mit einer rücksichtslosen Härte und Grausamkeit, von welcher die Geschichte despotischer Gewalten wenige jene übertreffende Fälle aufzuweisen hat. Sie waren dem Senat zur Rechenschaft verbunden, und konnten vor dem römischen Gericht angeklagt werden, das aber war mit einiger Klugheit, und durch Mittel, welche die Bedrückung der Provinz nur vergrößer-

---

b) Ueber weitere Einzelheiten vgl. Walter Geschichte des R. R. Kap. 27. Eine anschauliche Darstellung der Provincialverfassung von Africa giebt Rudorff in seiner Abhandlung über das thorische Gesetz, Zeitschr. für gesch. Rechtsw. X S. 84 ff. [Eine umfassende Darstellung, wie sie oben gewünscht ist, enthält Marquardt röm. Staatsverwaltung I S. 90—425.]

c) Cic. Philipp. I 8.

d) Man beklagt das häufige Wechseln der Präfecten in Frankreich, die dadurch selten mit ihren Departementen gehörig vertraut werden, und, wie es eine für diese selbst ersprießliche Verwaltung forderte, mit ihnen gleichsam verwachsen; aber es liegt in dem Princip der Centralisation, das letztere gerade zu verhüten, der häufige Wechsel ist die bedeutendste Waffe jenes Princips.

e) Livius (XXXI 29) läßt in einer Rede gegen die römische Herrschaft über die Provinzen besonders hervorheben: quotannis alium atque alium dominum sortiuntur.

f) Cicero legt ein großes Gewicht darauf, daß er während seiner Regentschaft die Publicanen ohne Aufopferung der Provincialen sich zu Freunden machte Att. VI 1.

ten, nicht schwer zu vermeiden oder unschädlich zu machen. Die Beschränkung durch die forma provinciae war theils gering, theils war sie ohne Garantie gegen die Gewalt der Regenten. Der trostlose Zustand der Provinzen läßt sich unter andern aus den verrinischen Reden des Cicero erkennen; die Mißhandlung durch Verres traf Sicilien, eine nahe, von den Römern stets begünstigte Provinz; welche Greuel mochte die Dunkelheit decken, die über entfernteren, in weniger persönlichen Beziehungen zu Rom stehenden lag.

LXVII. Die Criminalgerichtsbarkeit der Provincialregenten hatte einen militärischen Charakter. Der Pätor entschied aus eigener Machtvollkommenheit, nur verfuhr er nicht ohne den Beirath eines Consiliums, welches durch die angesehneren römischen Bürger seiner Umgebung und der Provinz gebildet ward. Diesem lauteren Imperium waren die Provincialen, welche nicht die Civität hatten, schlechthin unterworfen, nicht so die römischen Bürger, deren eine große Anzahl in den Provinzen sich aufzuhalten pflegte oder ansässig war, wenn sie nicht als Soldaten unter seine militärische Gewalt gestellt waren. Die übrigen Bürger konnten sich durch die einfache Berufung auf die Civität zwar nicht der Verhaftung, aber dem Criminalurtheil des Prätors entziehen.[a])

Die Civilgerichtsbarkeit übte der Regent über alle Einwohner der Provinz.[b]) Er erließ ein Edict, worin er für die wichtigsten Punkte das Recht verkündigte, nach dem er die Jurisdiction verwalten wolle. Dabei benutzte er die Edicte seiner Vorgänger, auch wohl die der Vorsteher anderer Provinzen, wenn sie durch deren Persönlichkeit ein Ansehen erlangt hatten, und die der Prätoren zu Rom. Eigenthümliche Gegenstände der Provincialedicte waren die Rechtsverhältnisse der städtischen Communen theils im Innern, theils nach Außen, besonders ihre Schulden, dann die Verhältnisse der Publicanen, endlich die Bestellung der Richter, die nach geschehener Einleitung des Rechtsstreits vor dem Magistrat die Sache zu untersuchen und zu entscheiden hatten, da nur außerordentlicher Weise eine Sache von dem Magistrat selbst durch causae cognitio und Decret erledigt ward.[c]) War der Beklagte ein römischer Bürger, so wurde der Richter aus den römischen Bürgern, dem conventus civium romanorum, der sich bei der Gerichtsstätte einfand, genommen, dasselbe geschah aber auch in andern Fällen, wenn nicht eine entgegengesetzte Bestimmung gegeben war. Manchen Provinzen war durch ihre Verfassung das Recht verliehen, daß

---

a) Cic. Verr. V 53 ff. Man führt eine Stelle des Plutarch an (Caesar 4): Cäsar, aus dem Orient zurückgekehrt, habe den Dolabella angeklagt. Den griechischen Städten den Dienst, den ihr Zeugniß ihm dabei geleistet, zu vergelten, sei er für sie aufgetreten, als sie den Publius Antonius δωροδοκίας ἐπὶ Λουκούλλου τοῦ Μάρκου Μακεδονίας στρατηγοῦ anklagten. Antonius habe die Tribunen angerufen: οὐκ ἔγειν τὸ ἴσον ἐν τῇ Ἑλλάδι πρὸς Ἕλληνας. Diese Erzählung trägt schon in sich die Spuren ungenauer Kenntniß: ist Cäsar wieder nach Griechenland zurückgekehrt? hat Antonius in Griechenland die Tribunen angerufen? Dazu kommt aber, daß Cäsar seinem Mitbewerber Gaius Antonius den Vorwurf macht: qui *in sua civitate* cum peregrino negavit se iudicio aequo certare posse, wozu Asconius bemerkt: Graeci, qui spoliati erant, eduxerunt Antonium in ius ad M. Lucullum praetorem, qui ius inter peregrinos dicebat. Egit pro Graecis etiam tum adolescentulus, de quo paulo ante mentionem fecimus, et cum Lucullus id, quod Graeci postulabant, decrevisset, appellavit tribunos Antonius iuravitque, se id eiurare, quod aequo iure uti non posset (Ascon. in or. in toga cand. p. 84 Orell.) Ohne allen Zweifel ist die letzte Darstellung der Sache die richtige.

b) Ueber diesen Gegenstand giebt vornehmlich Cic. in Verrem lib. II »de iurisdictione siciliensi« Aufschluß.

c) Vgl. den Bericht Cicero's über sein Edict als Proconsul von Sicilien ad Att. VI 1. 2.

bei einem Rechtsstreit unter Nichtbürgern auch peregrinische Richter bestellt wurden (ut inter se suis legibus disceptarent suisque iudicibus uterentur), manchen sogar überall, wo ein Peregrine der Beklagte war, wie dieß in Sicilien geschah; bei einem Rechtsstreit zwischen Communen, oder Einzelner mit solchen, wurde dem Rath einer dritten Stadt das Urtheil übertragen.[d]) Solche Rechte wurden aber auch wohl durch das Ermessen eines Regenten für die Zeit seines Amtes durch sein Edict bewilligt.[e]) Gericht wurde nach der Reihe in den verschiedenen Theilen der Provinz gehalten, diese Gerichtssitzungen heißen fora oder conventus.[f]) Die Civiljustiz pflegte die beste Seite der römischen Verwaltung zu sein, doch konnte auch hier nicht bloß das Interesse eines gewissenlosen Regenten mit seiner Pflicht in Widerspruch kommen, sondern auch Unbekanntschaft mit den partikulären Rechten des Landes, oder hochmüthige Nichtachtung derselben Ungerechtigkeiten veranlassen, gegen die keine Hülfe zu rechter Zeit zu erwarten war.[g]) Dem Prätor einer Provinz, welcher keine Intercession eines gleichstehenden Magistrats oder Tribuns zu fürchten hatte, und der überdieß häufiger extra ordinem, ohne Bestellung eines Richters, verfuhr, stand auch bei dem ordentlichen Verfahren nicht bloß die Instruction des Richters zu, durch die er dessen bessere Einsicht erfolglos machen konnte,[h]) sondern er konnte selbst eine von diesem gegebene Sentenz durch in integrum restitutio wieder aufheben.[i])

LXVIII. Als die Hauptquelle der Staatseinkünfte galt von Anfang bei den Römern Krieg und Eroberung, das Tributum der römischen Bürger wurde erlassen, wenn siegreiche Feldzüge bedeutende Summen in das Aerarium brachten, seit der unermeßlichen Beute aus der Eroberung Macedoniens 586 bis nach dem Tode Julius Cäsar's wurde keine Vermögenssteuer bezahlt.[a]) Die Provinzen gewährten auch nach ihrer Einverleibung in das römische Reich den bei weitem größten Theil der Einkünfte, aus denen die Staatsausgaben bestritten wurden. Das Aerarium in Rom stand unter der Verwaltung von zwei Quästoren, andere, deren Zahl mit den Kriegen und Eroberungen stieg, begleiteten die Heerführer, um das Aerarium bei den Kriegsausgaben und Einnahmen zu vertreten, und beides an dasselbe zu verrechnen. Solche Quästoren

---

d) Cic. in Verr. II 13. Die sicilischen Städte hatten überdieß das Recht, daß Processe zwischen Bürgern derselben Stadt lediglich vor den Stadtbehörden verhandelt wurden.

e) Ein Beispiel giebt das Edikt Cicero's für Cilicien.

f) Idibus Februariis forum instituerat agere Laodiceae cibyraticum et apamense, ex idibus Mart. ibidem synnadense, pamphylium — Cic. Att. V 21. Atque hoc foro quod egi ex idib. Febr. Laodiceae ad kal. Mai. omnium dioecesium praeter Ciliciae — Att. VI 2 cf. Paul. Diac. ex Festo v. forum. Praetor romanus conventus agit Liv. XXXI 29. Iuridici conventus als eine Eintheilung der Provinz Plin. hist. nat. III 3. Zum Theil hing die Bestimmung des Gerichtsorts von dem Regenten ab, zum Theil war es ein Recht mancher Provinzen oder Theile derselben, nicht in einen andern Distrikt berufen zu werden Cic. Att. V 21 § 6. in Verr. III 15. 40.

g) — praetor improbus, cui nemo intercedere possit Cic. in Verr. II 12.

h) — ut in ea verba praetor iudicium det, ut vel — homo et iure et officii peritissimus non possit aliter iudicare — Cic. l. c.

i) Edictum enim hominis cognoscite, quo edicto omnia iudicia redegerat in suam potestatem: si qui perperam iudicasset, se cogniturum: quum cognosset, animadversurum Cic. Verr. II 13. cf. 23. Cicero scheint vornehmlich nur den letzten Theil des Edicts zu tadeln. Vgl. § 180.

a) Cic. de off. II 22. Plin. hist. nat. XXXIII 17. Plutarch. Aemil. Paul. 38. Vgl. § 89.

wurden auch in die Provinzen geschickt.[b]) Sie erhielten gegen das Ende der freien Republik eine höhere Stellung, als den städtischen zukam. Sie hatten ein Imperium, daher Lictoren, die Vocatio und Cognitio extraordinaria (§ 79), doch war es nur ein von dem Prätor der Provinz abgeleitetes Imperium.[c])

Die Einkünfte aus den Provinzen, abgesehen von außerordentlichen Contributionen und Beuten, bestanden theils in direkten, theils in indirecten Abgaben. Zu den letzteren gehören die Zölle, zu den ersten die Personalsteuern (nach dem Vermögen der Einzelnen,[d]) oder auch der Städte, vermöge eines arbiträren, z. B. nach der Kopfzahl gemachten Anschlags, den die Commune durch Ausschlag auf ihre Bürger zusammenzubringen hatte), sodann die Grundabgaben. An dem Provincialboden konnte niemand, auch der römische Bürger nicht, römisches Eigenthum haben, aber ein analoges Rechtsverhältniß wurde natürlich auch hier angenommen, dem der allgemeine Name possessio von den Römern gegeben ward. Es wurde auch in den Provinzen ager privatus und publicus unterschieden.[e]) Auch der letztere pflegte im Besitz und Genuß der Privatpersonen zu stehn, aber dieser Besitz war hier nicht, wie dort ein dem Eigenthum analoges Recht, sondern eine bloße Pachtung von dem Staat, der diese Ländereien eingezogen und behalten hatte.[f]) Jenen Privatpossessionen war eine Abgabe auferlegt, die entweder eine fixirte Grundsteuer, vectigal stipendiarium, oder eine nach dem Ertrag sich richtende, mithin veränderliche Prästation war, ein Zehnten, der in natura oder in Geld entrichtet wurde, vectigal schlechtweg. Jene Grundstücke hießen agri stipendiarii, diese vectigales.[g])

Soweit die bisher erwähnten Einkünfte, außerordentliche und ordentliche, unmittelbar an den Staatsschatz kamen, war es die Sache des Quästors, dieses zu vermitteln; dieß war aber bei den wenigsten der Fall, die meisten, und namentlich die Grundabgaben, Hutgelder, Zölle, wurden an publicani verpachtet oder verkauft, welche die Pachtsumme an das Aerar zahlten, und die Betreibung im Einzelnen selbst besorgten. Diese publicani traten zu diesem Behufe in societates zusammen, da kein Einzelner zu dem Vorschuß der bedeutenden Pachtsumme für die Einkünfte einer ganzen Provinz oder eines beträchtlichen Theils derselben fähig gewesen wäre; es war gegen das Ende der freien Republik ein Hauptgeschäft der römischen Ritter, die dadurch ihrerseits (wie die Vornehmeren durch die Regentschaft) großen Gewinn, zum Nachtheil der Abgabenpflichtigen, zogen.[h]) Diese Verpachtung der Provinzen geschah regelmäßig in Rom durch die Censoren, ausnahmsweise vermöge eines beson-

---

b) Haec erat prima senatoris administratio, quaestorem fieri, et in provincia curam gerere pecuniae publicae in usus diversos erogandae Schol. ad Cic. divin. 10 § 32.

c) Cic. in Verr. II 4, pro Planc. 41, div. in Caec. 17. Ueberdieß hatten sie in den Provinzen die Jurisdiction der curulischen Aedilen Gaius I 6.

d) Die sicilischen Städte hatten selbstgewählte Censoren, die den Census zum Behuf des Tributum besorgten Cic. Verr. II 53.

e) Cic. Verr. III 6.

f) Zum Theil wurde dieser ager publicus bloß als Weide benutzt, wofür die ihn Benutzenden ein Hutgeld bezahlten; das im Text Gesagte gilt von dem Ackerboden, der durch die censorische Verpachtung an einzelne Besitzer, theils eingeborne Provincialen, theils Römer kam.

g) Rudorff Zeitschrift X S. 94 ff. 120.

h) Zuweilen wurden die Vectigalien gegen ein an den Staat zu entrichtendes Aversionalquantum einer Provinzialcorporation überlassen. Die zu dem District geschlagenen Abgabenpflichtigen waren hier oft nicht besser daran, als gegenüber den römischen Publicanen. So hatte Rhodus jenes Recht Cic. ad Q. Fratr. I 1, 11. Dasselbe wurde Asien von Cäsar gewährt Dio Cass. XLII 6.

deren Vorrechts einer Provinz in dieser selbst, und hier fiel sie wieder in das Amt des Quästors. So in Sicilien, mit Ausnahme weniger Städte, die jenes Vorrechts nicht theilhaftig waren;[i] den Grundstücken war ein Zehnten, decumae, auferlegt, den die Bebauer, aratores, die durch Pachtung häufig große Besitzungen inne hatten, entrichteten; diese decumae wurden in den meisten Gebieten nach den Vorschriften der lex hieronica an decumani, gewöhnlich an die Zehntpflichtigen selbst verpachtet.[k] Außerdem mußten noch wie auch in den übrigen Provinzen Naturallieferungen an den Prätor für seinen Haushalt gemacht werden, frumentum in cellam imperatum, statt dessen häufig der Werth genommen wurde, frumentum aestimatum.[l]

LXIX. Wie die Provinzen selbst in Beziehung auf ihre Verfassung und ihren rechtlichen Zustand überhaupt von einander sich unterschieden, so gab es auch einzelne Städte, die durch besondere Privilegien vor den übrigen derselben Provinz ausgezeichnet waren. Diese Vorzüge sind zum Theil von so mannigfaltiger und arbiträrer Beschaffenheit, daß sie sich nicht unter einen allgemeinen Begriff fassen lassen, eine regelmäßigere, und in den meisten Provinzen[a] vorkommende Rechtsform indessen war der Zustand einer civitas immunis et libera, die, wenn sie diesen Vorzug durch ein Bündniß mit dem römischen Staat erlangt hatte, foederata hieß. Aber auch die Rechte dieser Städte waren nicht gleich. Freiheit von den Vectigalien lag stets in diesem Vorrecht,[b] nicht immer auch von andern Auflagen,[c] wie ja auch die italischen Socii zu bedeutenden Leistungen durch ihre Bündnisse verpflichtet worden waren. Ferner darf eine selbständige Verwaltung ihrer inneren Angelegenheiten, eigene Gesetzgebung und Rechtspflege zu den Privilegien solcher Städte gerechnet werden; das zuletzt erwähnte Recht heißt αὐτονομία,[d] ein Wort, das übrigens auch in dem Fall angewendet wird, wenn in einer Provinz die Judices aus den Eingeborenen bestellt werden.[e]

Ein Theil eines Plebiscits, durch welches in oder kurz nach dem Jahr 682 die Stadt Thermessus in Pisidien als libera anerkannt ward, ist uns auf dem Bruchstück einer Tafel von Bronze zugekommen.[f] Diese Lex Antonia, wie sie

---

i) Cic. Verr. III 6 § 13. cf. V 21 § 53.

k) Rudorff Zeitschrift X S. 129. Es wurde auch von Staatswegen Getreide in Sicilien gekauft, um nach Rom geschafft zu werden, den Preis bestimmte der Staat, um welchen die Aratores oder die Städte eine bestimmte Quantität verkaufen mußten, auch das frumentum emtum war daher eine Auflage Cic. Verr. III 70. 75. (In der letzten Stelle ist statt: Siculorum pecunia frumentum emere *a Siculis*, zu lesen *ab aliis*, wie aus dem Zusammenhang hervorgeht.)

l) Ueber alles dieses ist zu vergleichen Cic. in Verr. lib. III: »de frumento«. [Mommsen Staatsrecht I (1876) S. 284].

a) Zu Cicero's Zeit machte, wenn er genau spricht, nur Sardinien eine Ausnahme Cic. pro Scaur. § 44.

b) Cic. in Verr. III 6. Wenigstens für ihre Bürger: Halicyenses, quorum incolae decumas dant, ipsi agros immunes habent Cic. in Verr. III 40. Sie werden daher den civitates stipendiariae gegenübergestellt.

c) Cic. in Verr. V 21. 22.

d) Auf ihren Münzen führten sie das Beiwort αὐτονόμος, z. B. die Stadt Thermessus.

e) Cic. ad Att. VI 1, 2. S. oben § 67.

f) Wieder herausgegeben und mit einem Commentar versehen von Dirksen Bemerkungen über das plebiscitum de Thermensibus, Versuche 1823, vierte Abhandl. [Der Abdruck bei Ritschl (priscae lat. monumenta epigr. tab. XXXI) zeigt oben links eine römische I, zum Beweis, daß noch mehrere Tafeln folgten, über denen die Namen der Tribunen die gemeinsame Ueberschrift bilden, welche Mommsen im C. I. L. I n. 204 aus einer andern Inschrift desselben Jahrs ergänzt hat. R.]

ohne Zweifel zu nennen ist, verfügt: die Thermenses maiores Pisidiae und ihre Nachkommen sollten liberi amici sociique populi romani sein, eique legibus sueis ita utunto itaque ieis omnibus sueis legibus thermensis maioribus pisideis utei liceto quod advorsus hanc legem non fiat; ihre Grundstücke werden ihnen garantirt, das im mithridatischen Krieg Verlorene soll ihnen wieder werden; Freiheit von Einquartierung und von Auflagen, außer den durch die Lex Portia festgesetzten, wird zugesagt; der Verkehr zwischen den Thermensern und römischen Bürgern soll auf denselben rechtlichen Grundlagen bestehen, wie in dem Consulat des L. Martius und Sex. Julius (663); von ihren Zöllen sollen die Publicanen für den Transit ihrer Güter frei sein.

In den späteren Zeiten der freien Republik wurden Colonien in den Provinzen gegründet, theils latinische, theils coloniae civium romanorum,[g] anfangs wenige, unter Cäsar ward ihre Zahl sehr vermehrt, der auch einigen spanischen Städten die Civität gab, also sie zu Municipien erhob. Das Land, das den Colonien verliehen wurde, konnte zum Theil der ganzen Colonie als Gemeinland zugewiesen und von den einzelnen Bürgern oder Andern benutzt werden,[h] zum Theil wurde es sofort in das Privatrecht der Colonen gegeben. Dieses Privatrecht, das mittelst eines Scheinverkaufs durch den Magistrat gegeben wurde, konnte rechtes (römisches) Eigenthum sein, wenn der Grund und Boden (wie der italische) dessen fähig war, oder auch jenes so zu sagen factische Eigenthum, welches allein an und für sich der Provincialboden zuließ, und das possessio genannt wurde. Im ersten Fall waren die Grundstücke nothwendig von dem Vectigal befreit, im zweiten regelmäßig demselben unterworfen. Daß ein ager vectigalis ist, schließt also das rechte Eigenthum aus; daß er nicht vectigalis ist, macht allein ihn noch nicht zum Gegenstand des römischen Eigenthums. Was nun die Colonen in den Provinzen anlangt, so wäre ihr Grundbesitz an sich nicht rechtes Eigenthum gewesen, aber der Provinzialboden konnte italisches Recht erhalten, wodurch das Hinderniß des Eigenthums wegfiel. Es läßt sich nun weder behaupten, daß dieß für die Colonien überall, noch daß es niemals geschehen sei. Das thorische Gesetz spricht für Africa von einem ager locus privatus vectigalisque (cap. 22. 30), und von einem habere, possidere, frui dieser Grundstücke, die also nicht im rechten Eigenthum sind, obwohl nicht alle dem Vectigal wirklich unterworfen (cap. 39). Daß auch rechtes Eigenthum in Africa gegeben worden sei, läßt sich bei der mangelhaften Ueberlieferung des Gesetzes nicht mit Bestimmtheit leugnen, allerdings aber auch nicht mit einiger Sicherheit behaupten.[i] Die Colonien in den Provinzen hatten ihre eigene Communalverwaltung, aber keineswegs eigene Magistrate für die Rechtspflege, in dieser Hinsicht waren sie dem Regenten der Provinz unterworfen, wie dieß z. B. bei denen von Gallia cisalpina, ehe sie aufhörte, Provinz zu sein und zu Italien gezogen wurde, der Fall war.[k]

---

g) Savigny in der Zeitschrift für gesch. Rechtswiss. IX. S. 328.

h) Lex agraria vom Jahr 643 cap. 16: — seive queis pro moinicipieis colonieisve civium romanorum nominisve latini poplice deve senati sententia ager fruendus datus — pro colonia moinicipiove prove moinicipieis fruentur —.

i) Einmal (cap. 38) kommt vor: extra eum agrum, quei ager ex h. l. privatus factus erit, ohne den Zusatz vectigalis, aber dieser mußte hier wegfallen, weil man nicht sagen konnte, das Gesetz habe den ager erst zum vectigalis gemacht. Also beweist diese Weglassung nicht, daß ein ager privatus zum rechten Eigenthum gemeint ist. Ueber den uneigentlichen Gebrauch des Worts ager privatus s. auch Rudorff Zeitschrift X S. 120.

k) S. darüber unten § 90.

Verfall der Republik.

LXX. In Rom hatte sich in den zwei Jahrhunderten nach der völligen Ausgleichung der beiden Parteien, der Patricier und Plebejer, deren Streit die frühere Zeit bewegte und in der Vollendung der Verfassung sein Ziel fand, eine mächtige Veränderung, nicht der äußeren Einrichtungen, aber des inneren Lebens des Volks und Staats ergeben. Durch die punischen und macedonischen Kriege erlangte Rom im sechsten Jahrhundert die Herrschaft über die vornehmsten Länder der alten Welt, die sich im siebenten noch erweiterte und befestigte. Aber die besiegten östlichen Völker übten durch die Schätze, die ihnen geraubt, durch die Erzeugnisse ihrer Civilisation, die nach Rom gebracht wurden, durch die Bedürfnisse eines weichlichen Lebens, welche sie die römischen Krieger lehrten, eine gewaltige Rückwirkung auf das erobernde Volk aus. Ungeheuere Reichthümer an Geld und Kostbarkeiten sammelten sich in Rom, Verschwendung und Ueppigkeit fanden ihren Eingang, die alte Einfachheit der Sitten ging verloren. Livius bemerkt zum Jahr 567 (XXXIX 6): luxuriae peregrinae origo ab exercitu asiatico invecta in urbem est. Ii primum lectos aeratos, vestem stragulam pretiosam, plagulas et alia textilia, et quae tum magnificae supellectilis habebantur, monopodia et abacos Romam advexerunt. Tum psaltriae sambucistriaeque, et convivalia ludionum oblectamenta addita epulis, epulae quoque ipsae et cura et sumtu maiore adparari coeptae, tum coquus, vilissimum antiquis mancipium et aestimatione et usu, in pretio esse, et quod ministerium fuerat, ars haberi coepta. Er fügt hinzu: vix tamen illa, quae tum conspiciebantur, semina erant futurae luxuriae. Man versuchte, der Ueppigkeit durch Gesetze (leges sumtuariae) zu begegnen, die den Aufwand in der Kleidung (lex oppia 541), sodann bei den Festmahlen, cibariae leges (orchia 572, fannia 593, didia 611, licinia, cornelia 672, aemilia 676, antia) zu beschränken suchten.[a]) Diese Gesetze hatten nur eine einzelne Seite des Luxus zum Gegenstand, die anstößigste und gemeinste, darum für die Sitte des ganzen Volks gefährlichste; aber die Geschichte dieser Gesetze selbst verstattet uns nicht anzunehmen, daß ihnen die Abwendung des Uebels gelungen sei. Der einzige Vortheil, welchen Vervielfältigung der Bedürfnisse, weichlichere Lebensart und Ueberfluß der Mittel mit sich führen kann, nämlich die Kunstfertigkeit und die industriellen Kräfte eines Volks zu wecken und zu bilden, ging an den Römern verloren; es waren fremde Sitten, die über sie kamen, und fremde Kräfte, die ihnen dienten; die bäurische Einfalt und Derbheit wich nicht, die hoffärtige Verachtung der Künste erhielt sich eine lange Zeit; dieß gab der neuen Lebensweise mitten unter den Erzeugnissen einer verfeinerten Welt einen Zusatz von Rohheit, durch den ihre Gefahr für die öffentliche Sitte verdoppelt ward. Die durch die Gewalt der Waffen erworbenen, durch unsinnige Verschwendung zerrinnenden Güter wurden durch Raub und Erpressung ersetzt, eine nicht zu stillende Habsucht ergriff den hervorragenden Theil des Volks. Wenige von denen, welche in den inneren Kämpfen dieser letzten Zeiten thätig waren, strebten aus anderen Gründen nach einer Gewalt im Staat; am geringsten ist die Zahl derer, die, wenn auch von der Begierde des Ruhms, die den Alten als Tugend galt, doch zugleich von der wahren Liebe zum Vaterland und von der Sorge für sein Wohl getrieben wurden. Von diesen wähnten einige, der Corruption durch Aenderungen der Verfassung be-

a) Liv. XXXIV 1. Gell. II 24. Macrob. Saturn. II 13.

gegnen zu können, andere suchten vergeblich die alte Sitte durch ihr Beispiel zurückzuführen, oder den wankenden alten Staat durch Gewinnung der verschiedenartigen Interessen für denselben zu stützen, die Besten unter diesen Anhängern des Alten achteten es für eine Gunst, unter seinen Trümmern begraben zu werden. [b])

Der Senat, welcher an der Spitze der Republik stand, hielt in seiner Mehrheit an der hergebrachten Verfassung fest, welcher er seine Stellung verdankte. Diese Seite der Verfassung war es aber allein, auf die sein conservativer Sinn gerichtet war, ja die er zu verstärken und zu erweitern suchte, weniger bekümmert um den Geist der alten Verfassung im Ganzen, ja die Mißbräuche, die zu Gunsten der angesehenen Familien daraus erwachsen waren, für eben so unantastbar erklärend, als das wahre Wesen derselben. Dieses vielmehr war er eher aufzugeben bereit, oder wenigstens nicht beflissen, es gegen die Einflüsse der neuen Sitten zu kräftigen. Den Charakter der Comitien zu wahren, das Uebergewicht der Landeigenthümer im Volk zu erhalten, den Mittelstand der kleineren Grundbesitzer, auf dem vornehmlich die Festigkeit des Staats beruhte, gegen das Umsichgreifen des unmäßigen Landbesitzes der Reichen zu schützen, fiel ihm nicht ein, da er in der weit überwiegenden Mehrzahl seiner Glieder das entgegengesetzte Interesse begünstigte. Indem der Senat glaubte, mit seiner Macht sei für die Festigkeit der alten Verfassung alles gethan, brachte er es dahin, daß er das Volk zu einem besitzlosen Haufen herabdrückte, dem nun dennoch die Gewalt des alten populus romanus zukam, während der wohlhabende Mittelstand, auf schnellen Erwerb von Reichthum begierig, sich auf Handelsspeculationen und die Pachtungen der Staatseinkünfte warf, und als ordo equester zwischen jene plebs im neueren Sinn und den Senat trat. Es war eine Ausartung der alten Verfassung, daß die senatorischen Familien sich zu einem besonderen Stand, ordo senatorius, gestalteten, wodurch die Leitung des Staats von dem Charakter eines Amts sich entfernte, und als Standessache betrieben ward, die völlige Auflösung aber wurde durch die Entstehung jenes Ritterstandes vorbereitet, der sich an kein Element der bisherigen Verfassung anknüpfte, und, selbst ohne staatsrechtlichen Halt, das ganze Gebäude ins Schwanken zu bringen im Stande war. Der damaligen Senatspartei freilich schien er gerade darum ein wenig gefährlicher Gegner, den man auf Kosten der unterworfenen Länder, in deren Aussaugung durch sein Publicanengeschäft er sich mit den Regenten theilte, durch Connivenz gewinnen, durch Schmeicheleien verbinden konnte, ja den man zur rechten Zeit als eine Vormauer gegen die Bewegungen der Plebs zu gebrauchen hoffen durfte. Man zeichnete die Ritter als einen besonderen Stand durch besondere Sitze bei den öffentlichen Spielen aus, [c]) während man nicht geneigt war, ihm eine besondere Stelle in der Verwaltung des Staats einzuräumen. Aber gerade durch diese Zurückhaltung setzte man ihn der Versuchung aus, den Gegnern der Senatspartei, wenn diese ihm eine solche Stellung anboten, sich zuzuwenden.

---

b) Eine ausführliche Schilderung der römischen Zustände dieser Zeit, und zwar eine solche, die zugleich die hellere Seite derselben hervorhebt, s. bei Schlosser universalhist. Uebersicht der Geschichte der alten Welt II 2 S. 455 ff.

c) Lex Roscia 687 Ascon. in Cornel. (p. 19. Orell.) Cic. pro Mur. 19. Cicero glaubte sich ein besonderes Verdienst um seine Partei zu machen, indem er als eine Art von Vermittler überall den Rittern sich freundlich und ergeben darstellte; wovon seine Reden nicht bloß, sondern auch seine Briefe an vielen Orten zeugen. Ihm wurde vorzugsweise die wachsende Bedeutung des Standes zugeschrieben Plin. hist. nat. XXXIII 8.

Es erhoben sich Männer, welche das Volk gegen die Optimaten, gegen den verderblichen Gebrauch, den sie von ihrer Herrschaft machten, gegen diese Herrschaft selbst erregten. Diese Populären alle wurden wie ihre Gegner von der Sucht nach Ruhm und Gewalt, viele zugleich von niedrigeren Leidenschaften, einige von edleren Gesinnungen getrieben. Ein heftiger Kampf entspann sich, mit wechselndem Glück, immer von neuem angefacht, wenn er einen Augenblick zu ruhen schien. Die Partei der Optimaten hätte aus besseren Elementen zusammengesetzt sein müssen, um gegen diesen Andrang ihren Besitz zu behaupten.[d]) Sie war es, die in ihrer Noth zur Bekämpfung der Gegner zuerst eine Macht an Einzelne vergab, unter welcher zuletzt die Republik zu einem bloßen Schein ward. Um diesen Preis und um Ströme von Bürgerblut, die vergossen wurden, geschah es, daß die siegreiche Partei der Populären überwunden, und auf kurze Zeit die innere Ruhe hergestellt ward durch L. Cornelius Sulla, dessen Dictatur das Vorbild war für die Herrschaft Cäsar's und für die dauerndere Octavian's.

LXXI. Den politischen Bewegungen des siebenten Jahrhunderts verdankte eine Anzahl von Volksschlüssen ihren Ursprung, die als Waffen dienten, mit denen die Parteien einander bekämpften.

Die erste Classe dieser Gesetze bilden die leges tabellariae, welche die Form der Abstimmung in den Volksversammlungen betreffen. Diese Abstimmung geschah bis dahin mündlich und öffentlich. Am Anfang des siebenten Jahrhunderts fanden die Führer des Volks, daß die Optimaten durch ihre Macht und ihren Reichthum die Stimmfreiheit gefährdeten; das Uebergewicht, das die geringeren Bürger durch ihre Zahl in den Comitien hatten, verlor durch ihre Abhängigkeit von dem Willen der Mächtigen seine Bedeutung. Die Mehrzahl war der Bestechung zugänglich, oder durch andere Rücksichten vermocht, dem Verlangen der Optimaten gewärtig zu sein. Diesen Einflüssen sollte das Volk durch die Einführung geheimer, schriftlicher Stimmgebung mit tabellae entzogen werden. In der Ausdehnung, welche die neue Stimmweise allmählich erhielt, war sie das Vorzeichen des Untergangs der freien Verfassung, oder vielmehr ein Symptom, daß sie schon im Untergang begriffen war. Denn nur dem Selbständigen gebührt die Macht; eine Versammlung, die so zusammengesetzt ist, daß die Freiheit ihrer Stimmen durch solche Mittel gewahrt werden muß, verdient nicht die oberste Gewalt, und wird sie nicht bewahren. Das alte Volk der Römer bedurfte der Verheimlichung nicht, um frei zu stimmen, und dem unselbständigen, einer festen Existenz entbehrenden Haufen, der nun die Comitien füllte, gab die äußere Licenz keine innere Unabhängigkeit. Es handelte sich denn auch nicht darum, ob das Volk selbständig in seinen Beschlüssen, oder äußeren Einflüssen gehorsam sein sollte. Die Frage war nur: sollte es den Optimaten, oder den Populären dienen? Die tabellarischen Gesetze konnten höchstens den Erfolg haben, das Volk der Gewalt der einen Partei zu entziehen, um es den Machinationen der andern vollständig zu unterwerfen.

---

d) Cicero (pro Sext. 47) spricht in der Hauptsache eine allgemeine Wahrheit aus, wenn er sagt: maioribus praesidiis et copiis oppugnatur respublica, quam defenditur, propterea quod audaces homines et perditi nutu impelluntur, et ipsi etiam sponte sua contra rem publicam incitantur: boni nescio quomodo tardiores sunt, et principiis rerum neglectis ad extremum ipsa denique necessitate excitantur, ita ut nonnunquam cunctatione ac tarditate, dum otium volunt etiam sine dignitate retinere, ipsi utrumque amittant — nur auf seine Zeit und die Masse seiner Partei war sie nicht anzuwenden.

Zuerst wurde die geheime Abstimmung für die Magistratswahlen eingeführt; dieß geschah durch die lex gabinia 615. Die Lex Cassia von 617 setzte sie für die Volksgerichte fest; wenn irgend wo, so konnte sie hier vertheidigt werden, wie denn dieses Gesetz von vielen angesehenen Männern unterstützt ward. Einen Fall hatte Cassius ausgenommen, das iudicium perduellionis (in dem damaligen Sinn eines unmittelbar gegen den Staat begangenen Verbrechens), auch dieser wurde durch das cölische Gesetz (647) unter die Regel gezogen.[a] Offenbar ist die Parteiabsicht in dem Gesetz des Papirius Carbo (623), welches für alle Beschlüsse des Volks, namentlich auch für die Gesetzgebung, die schriftliche Abstimmung anordnete.[b]

Die leges de civitate, auf welche die Parteikämpfe ebenfalls einwirken, sind oben vorgekommen (§ 64). Die Gesetze gegen den Aufenthalt der Peregrinen in Rom (lex iunia von Pennus 628, lex papia 689)[c] hatten zum Theil den Zweck, der betrüglichen Usurpation bürgerlicher Rechte zu begegnen, vornehmlich aber waren sie, namentlich die letzte, durch den Zudrang auswärtigen Gesindels veranlaßt, das sich von den mächtigen Parteihäuptern für ihre gewaltsamen Anschläge anwerben ließ.

Einer der bedeutendsten Gegenstände des Streits waren die Gerichte;[d] die Populären warfen sich auf diesen Punkt, weil die Optimaten hier am verwundbarsten erschienen, der Unwille des Volks am leichtesten zu erregen war. Es ist oben angedeutet worden, wie die Angesehenen und Mächtigen die obrigkeitlichen Würden als ein Mittel Reichthümer zusammenzuraffen gebrauchten; eine natürliche Folge davon war, daß der Gebrauch unerlaubter Mittel, um zu einem Amt zu gelangen, immer gewöhnlicher wurde. Gegen das Verbrechen der Benutzung obrigkeitlicher Gewalt zum Erwerb durch Schenkungen oder sonstige Gaben und Zuwendungen wurden scharfe Gesetze (de pecuniis repetundis) gegeben: lex calpurnia 605,[e] acilia Glabrionis, iunia, servilia, cornelia 673, iulia 695.[f] Die unerlaubte Bewerbung um Aemter, bei welcher

---

a) Nicht auf die Volksgerichte bezog sich die Lex Cornelia 673, welche es in die Wahl der Angeklagten stellte, ob die Richter geheim oder öffentlich stimmen sollten. Sie wurde bald wieder aufgehoben. Cic. pro Cluent. 20.

b) Die Hauptstelle über diese leges tabellariae ist Cic. de leg. III 15—17; vgl. auch Brut. 27.

c) Cic. de offic. III 11. pro Arch. 5. Dio Cassius XXXVII 9. Die Lex Papia verbot allen Peregrinen, die nicht in Italien (mit Inbegriff von Gallia cisalpina) ihren Wohnsitz hätten, den Aufenthalt in Rom.

d) [Vgl. Mommsen über die leges iudiciariae des 7. Jahrh. bis zur Lex Aurelia: Zeitschr. für Alterthumswiss. 1843 Nr. 102—104.]

e) Cic. de off. II 21.

f) Klenze fragm. legis servil. Proleg. p. IX ff. Ein kleines Fragment von einer solchen lex de repetundis s. daselbst p. IV not. 5. Auf eines dieser Gesetze, und zwar die Lex Acilia, hat Klenze auch das Bruchstück auf der einen Seite einer (1793 gefundenen, jetzt in Neapel befindlichen) Bronzetafel bezogen, die auf der entgegengesetzten Seite einen Volksschluß der Stadt Bantia in oskischer Sprache enthält. Klenze das altrömische Gesetz auf der bantinischen Tafel, Rhein. Mus. für Philol. II S. 28 ff. Gegen jene Vermuthung und wegen sonstiger Berichtigung einzelner Ansichten des genannten Herausgebers vgl. Huschke in den krit. Jahrb. für die Rechtswiss. 1842 S. 291 ff. [Neuerdings hat Avellino noch zwei Stückchen dieser Tafel herausgegeben, die sich an die früher bekannten anschließen und eine sichere Ergänzung derselben ermöglichen. Vgl. darüber Mommsen Zeitschrift für gesch. Rechtswiss. XIII S. 363, Rudorff daselbst XV S. 238, 271, besonders aber Mommsen unteritalische Dialecte 1850 S. 145—168, wo beide Seiten der Tafel wieder abgedruckt sind und zugleich der Nachweis versucht ist, daß die lateinische eine in die Zeit der gracchischen Agrarcommission, also in die Jahre 625 bis 636 gehörige Revision des durch das gracchische Agrargesetz vielfach verletzten (vgl. lex agraria v. 29—33. Cic. de republ. I 19, 31. III 29. 41. Schol. Bob. in Milon. c. 7. p. 283 Orell.) Bundes der Bantiner mit

die Bestechung der Wähler ungescheut und öffentlich betrieben wurde, suchte der Senat durch Gesetze, die er veranlaßte, zu unterdrücken, die Populären hatten in dieser Beziehung der andern Partei keinen Vorwurf zu machen. Solche leges de ambitu sind die lex acilia calpurnia 687, tullia 691, aufidia 693, licinia (de sodaliciis) 698, pompeia 702.[g]) Ein anderes Verbrechen, welches in jenen Zeiten von den Mächtigen, oft ungestraft, verübt wurde, war das der gewaltsamen Störung des Rechtsfriedens durch Bewaffnung von Dienerschaft und Söldnern, mit denen sie theils sich unter einander befehdeten, theils den Behörden widerstanden. Darauf beziehen sich die leges de vi: plautia, pompeia (702), iulia (Caesaris).[h])

Bei diesen Criminalprocessen, denen hauptsächlich die Vornehmeren unterworfen waren, hing der Erfolg großentheils von der Bildung der Gerichte ab. Bis an den Anfang des siebenten Jahrhunderts waren die Criminalgerichte bei dem Volk und bei dem Senat, der allmählich eine mit der des Volks concurrirende Gerichtsbarkeit überkommen hatte. Der Proceß wurde entweder von der Volksversammlung oder dem Senat selbst untersucht und entschieden, oder die Untersuchung und das Urtheil einem oder mehreren Magistraten überlassen, die bei der Verhandlung ein (aus den Senatoren gewähltes) Consilium zuzogen, und nach dessen Rath entschieden. L. Calpurnius Piso, der 605 das erste Gesetz über das crimen repetundarum geben ließ, machte zugleich eine ganz neue Einrichtung hinsichtlich des Gerichts, vor welchem die Sache verhandelt werden sollte. Die quaestio de pecuniis repetundis wurde einem Prätor übertragen, als quaestio perpetua für alle in seinem Amtsjahr vorkommenden Anklagen wegen dieses Verbrechens, im Gegensatz zu der früheren Bestimmung eines Quästor für jeden einzelnen Fall. Jenem Quästor wurde aber nicht selbst das Urtheil unter Beirath eines von ihm gewählten Consiliums überlassen, es wurde ihm vielmehr ein besonderes Gericht beigeordnet, dessen Beisitzer nach Stimmenmehrheit entscheiden sollten; der Quästor hatte nur die Leitung der Verhandlungen. Die Richter sollten in bestimmter Anzahl jährlich durch den Prätor aus dem Senat gewählt und auf das Verzeichniß (album iudicum selectorum), geordnet nach ihren Tribus, gesetzt werden. Aus diesen iudices selecti wurde

---

Rom enthält, die oskische Seite aber nichts anderes ist, als die Uebersetzung der lateinischen in die Sprache der Bundesstadt Bantia, wie auch auf dem SC. de Asclepiade (C. I. Lat. I. n. 203. Ritschl, tab. XXX) erst der lateinische, dann der griechische Text verzeichnet war. Da jedoch der lateinische Text in einer, der oskische in zwei Columnen geschrieben war, so entspricht das oskische Bruchstück nicht gerade dem lateinischen, indem dieses die generelle Sanctio, also den Schluß des ganzen Gesetzes enthält, während die agrarischen Bestimmungen des erstern der ersten Hälfte angehört zu haben scheinen. Eine andere Ansicht hat A. Kirchhoff (Das Stadtrecht von Bantia. 1852) aufgestellt. Er sucht nachzuweisen, daß das oskische Gesetz ein Bruchstück eines Stadtrechts enthalte, welches der föderirten Gemeinde Bantia in der ersten Hälfte des siebenten Jahrhunderts von römischen Commissarien verliehen worden sei. Dieselbe Annahme ist auch von Ludwig Lange die oskische Inschrift der Tabula Bantina und die römischen Volksgerichte 1853 und von Huschke die oskischen und sabellischen Sprachdenkmäler 1856 S. 58—140 festgehalten worden. Dagegen erinnert jedoch Mommsen zu seiner Ausgabe im C. I. L. n. 197 (vgl. Ritschl tab. XIX) mit Recht, daß sowohl die römischen tribuni plebis, deren die oskische Seite gedenkt, als auch die Aufstellung römischer Gesetze in einer Bundesstadt unerhört, ja unmöglich sein würde, und daß die Erwähnung der Agrarcommission, der tres viri agris dandis adsignandis das Gesetz mit Nothwendigkeit der Gracchenzeit zwischen 621 und 636 zuweist. R.]

g) Dio Cass. XXXVI 21. XL 52. Ascon. in corn. (Orell. p. 68) arg. in Mil. (Orell. p. 37. 40). Cic. ad Att. I 16 pro Planc. 15. pro Sest. 64. Schol. bob. (Orell. p. 253. 269. 309).

h) Vgl. Wächter Revision der Lehre v. Verbr. der Gewaltthätigkeit, Neues Archiv d. Criminalr. XIII 1.

nun für jeden einzelnen Fall die nöthige Zahl durch das Loos bestimmt, und so das Judicum constituirt. In der Folge wurden für immer mehr Verbrechen diese quaestiones perpetuae geordnet, so daß dieses Verfahren bald die Regel ward.[i])

Die Anklage eines Verbrechens, wenn sie einen angesehenen Mann betraf, und besonders bei jenen Verbrechen des Mißbrauchs der Amtsgewalt und der gesetzwidrigen Bewerbung war häufig Parteisache; es konnte nicht fehlen, daß auch das Urtheil unter diesen Umständen von Parteirücksichten eingegeben ward. Die senatorischen Richter sprachen manchen Standesgenossen frei, der vor einem unbefangenen Gericht der Verurtheilung nicht hätte entgehen können. Das Bestreben der Popularen ging dahin, die Senatoren und ihre Angehörigen von diesen Gerichten auszuschließen, die Optimaten suchten sie dem Senat zu erhalten. Die Gesetze, welche diese Zusammensetzung der Gerichte bei den quaestiones perpetuae betreffen, heißen leges iudiciariae, sei es, daß sie sich ausschließlich, oder bei Gelegenheit eines besonderen Verbrechens mit diesem Gegenstand beschäftigen. Das erste Gesetz, welches Senatoren unter die iudices selecti zu wählen verbot, war die lex sempronia 632 von C. Gracchus, die Folge davon war, daß die Richter aus dem Ritterstand gewählt wurden; man dachte noch nicht daran, weiter zu dem niedrigsten Stand herabzusteigen, die Prätoren wählten aus dem höchsten, der ihnen gestattet war.[k]) Das Volk zeigte sich mit den Gerichten des Ritterstandes zufrieden;[l]) in Beziehung auf das crimen repetundarum gewann die Sache der Gerechtigkeit wenig durch diese Veränderung. Die Magistrate in den Provinzen durften nur die Publicanen begünstigen, um sich vor deren Standesgenossen in Rom so sicher zu fühlen, als sonst vor den senatorischen Richtern: die Unterthanen aber hatten nicht blos die Habgier der Beamten zu sättigen, sondern auch die Kosten der Bestechung ihrer künftigen Richter zu tragen.[m]) Eine kurze Unterbrechung der Rittergerichte bewirkte die lex servilia Caepionis 648, welche das sempronische Gesetz aufhob. Wahrscheinlich schon im folgenden Jahr wurde die lex servilia Glauciae repetundarum gegeben, welche die Ausschließung des Senatorenstandes von den Gerichten erneuerte. Auch von diesem Gesetz wird gesagt, es habe den Rittern die Gerichte gegeben; aus seinem Inhalt ergiebt sich, daß dieß nicht ausdrücklich, sondern nur durch Ausschließung der Senatoren geschah. Der Prätor, welcher die Quästio über das Verbrechen hat, soll 450 Richter wählen, aus denen für den einzelnen Fall die Richter durch das Loos zu nehmen sind. Niemand soll gewählt werden, der tribunus plebis, quaestor, triumvir capitalis, tribunus militum in einer der vier ersten Legionen, triumvir agris dandis assignandis ist oder gewesen ist, der im Senat ist oder gewesen ist, ferner kein infamis, keiner unter 30 und über 60 Jahren, keiner, der nicht in Rom oder der nächsten Umgebung wohnt, kein Vater, Bruder oder Sohn eines, der im Senat ist oder

---

i) Cic. Brut. 27. — Vgl. Geib Geschichte des röm. Criminalproc. S. 169 ff. Laboulaye essai sur les lois criminelles des Romains concernant la responsabilité des magistrats 1845. p. 183 sqq.

k) Appian. de bell. civ. I 22. Schol. ad divin. in Caecil. 3 (Orell. p. 103). Sehr ungenau ist Plutarch. C. Gracch. 5. 6. [Man hat sogar neuerdings die ganze Bildung eines von den Rittercenturien verschiedenen ordo equester (Q. Cic. de petit. cons. c. 8) auf das Judiciargesetz des C. Gracchus zurückgeführt: Zumpt die röm. Ritter S. 27. R.]

l) Iudicaverunt (equites) per annos XXXX sine infamia, Schol. cit.

m) Antea, quum equester ordo iudicaret, improbi et rapaces magistratus in provinciis inserviebant publicanis etc. Cic. Verr. III 41.

war, kein über dem Meer Abwesender. Von der Tafel, auf welcher diese Lex Servilia verzeichnet war, sind sieben Bruchstücke auf uns gekommen, von denen zwei kleinere in Wien, vier größere in Neapel sich befinden, eines in Paris war, wo es später verloren gegangen ist. Diese Bruchstücke sind schon im sechzehnten Jahrhundert gedruckt worden, erst Klenze indessen ist es gelungen, ihre wahre Lage auf der ganzen ursprünglichen Tafel, von der sie zusammen nicht einmal die Hälfte ausmachen, zu entdecken, und das Gesetz daraus, soweit es möglich war, zu restituiren.[n]) Der Volkstribun M. Livius Drusus der Jüngere, welcher sich zwischen den Parteien hindurch den Weg zur Macht bahnen wollte, gab unter seinen Gesetzen 663 auch eine lex iudiciaria, wonach die Gerichte zwischen dem Senat und der Ritterschaft getheilt sein sollten;[o]) der Senat selbst hob sie mit den andern leges liviae, bald nachdem sie durchgegangen waren, durch ein Decret auf, als ungültig wegen Vernachlässigung der Auspicien.[p]) Einen neuen Weg schlug die lex plautia 665 ein: die Richter sollten von den Tribus, von jeder fünf gewählt werden, ohne Beschränkung hinsichtlich des Standes, daher damals Senatoren und Ritter, ja sogar einige aus dem dritten Stand in die Gerichte kamen.[q]) Der Sieg der Optimaten unter Sulla verschaffte dem Senat wieder die Gerichte ausschließlich, die lex cornelia 673 verordnete, es solle mit den Gerichten wie vor dem sempronischen Gesetz gehalten werden.[r]) Sie wurde aufgehoben durch die lex aurelia 684, welche drei Stände, Senatoren, Ritter und tribuni aerarii zu Gericht berief.[s]) Hierauf gab Pompejus zwei leges iudiciariae 699 und 702,[t]) worin er die Theilnahme der drei Stände im

---

n) Fragmenta legis serviliae repetundarum ex tab. aereis primum coniunxit, restituit, illustravit C. A. C. Klenze, Berol. 1825. 4. Berichtigung einiger Versehen desselben von Mommsen krit. Jahrb. 1842. S. 762 ff. [Der Lex Acilia werden diese Bruchstücke zugeschrieben von Zumpt de legibus iudiciisque repetundarum. 1842. p. 20 ff. — Diese Meinung wird vollständig bestätigt und zugleich die Entstehungszeit festgestellt durch eine Thatsache, auf die zuerst Mommsen aufmerksam gemacht hat: daß nämlich die Lex Rubria über die colonia Iunonia in Afrika, welche 633 aufgehoben wurde, in Zeile 22 als noch geltend angeführt wird und daß nach dem Bündniß mit Astypalaea (Corp. inscr. Graec. n. 2485) Rubrius und Acilius Collegen im Tribunat waren. Da nun Rubrius mit C. Gracchus 631 oder 632 Tribun war, so kann das Gesetz des Acilius nur in einem dieser beiden Jahre erlassen sein. Es erscheint hiernach als ein Specialgesetz, welches die Gracchische lex iudiciaria zunächst auf den wichtigen Repetundenproceß anwendete, für den es die Hälfte der Richter, 450 von 900 allein in Anspruch nimmt. Vgl. auch Huschke über die lex Sempronia iudiciaria und ihr Verhältniß zur lex Acilia repetundarum. Zeitschrift für Rechtsgeschichte V (1866) S. 48 f. (welcher aber in der epit. Liv. lib. 60 'ut *sescenti* ex equitibus in *curiam* sublegerentur — ut equester ordo bis tantum virium *in senatu* haberet' *sesquicentum*, *decurias* und *quam* senatus oder *in iudiciis quam* senatus emendiren und danach 150 Ritter nebst 300 Senatoren der einen, 450 Ritter der andern Abtheilung für Repetunden zuweisen will.) Die einzelnen chalcographirten Tafeln giebt jetzt Ritschl tab. XXIII—XXV, die genauere Bestimmung ihrer Lage und der Zahl der erhaltenen Buchstaben veranschaulicht aber erst die Verbindungstafel, welche Mommsen seiner Bearbeitung im Corpus inscriptionum latinarum I n. 198 p. 40—72 beigegeben hat (vgl. das. p. 79), während die Ritschlsche Verbindungstafel fol. XXI. XXII völlig unbrauchbar ist, und eine merkwürdige Dittographie des Erzarbeiters erhellt erst aus dem ergänzten Zusammenhang. Die vollständige Restitution dieses letzteren nebst Commentar liefert Rudorff ad legem Aciliam de pecuniis repetundis, latam anno ab urbe condita 631 vel 632 in den Abhandlungen der Academie 1861 p. 411—553. R]

o) Vellei. II 13. Liv. epit. 71.

p) Ascon. in Cornel. (Orell. p. 68).

q) Ascon l. c. (Orell. p. 79).

r) Cic. in Verr. Act. I 13 und öfter. Schol. ad divin. (Orell. p. 99.)

s) Ascon. in Cornel. (Orell. p. 67) Vellei II 32.

t) Ascon. in Pison. 39 (Orell. p. 16), arg. in Milon. (Orell. p. 40) Der letzteren ist ein kleines Fragment zuzuschreiben, das auf der einen Seite des Tafelbruchstücks steht, von dem die andere etwas aus einer lex repetundarum enthält (s. oben Note f) Klenze fragm. leg. serv.

Ganzen stehen ließ, aber die Wahl änderte, und über die Bestimmung der Richter für einen einzelnen Fall neue Anordnungen traf. Endlich aber entfernte Julius Cäsar die tribuni aerarii aus den Gerichten; nach dieser Lex Julia sollten die beiden ersten Stände allein zu den Gerichten fähig sein.[u])

LXXII. Wenn die Populären durch ihre leges iudiciariae den Ritterstand in ihr Interesse zu ziehen trachteten, so versäumten sie nicht, die Masse des geringeren Volks durch Gesetze, die auf ihren unmittelbaren Vortheil berechnet waren, zu gewinnen. Dahin gehören vor allem die leges frumentariae, wodurch Austheilungen von Getreide gegen einen geringeren Preis angeordnet wurden. Die erste derselben ist die lex sempronia 631 von C. Gracchus.[a]) Unter Cäsar betrug die Zahl der Bürger, die zu Rom vom Staat Getreide erhielten, 320 000, er reducirte sie auf 170 000.[b]) Es war ein Uebel, das, einmal eingeführt, sich nicht wieder beseitigen ließ.[c])

Von ungleich größerer Wichtigkeit waren die Gesetze, welche den ager publicus populi romani zum Gegenstand, und die Zuwendung desselben an die ärmere Volksclasse zur Absicht hatten, die leges agrariae.[d]) Noch im siebenten Jahrhundert hatte der Staat in Italien große Strecken Gemeinlandes, obwohl durch Assignationen und Anlegung von Colonien schon früher nicht wenig zu Privateigenthum geworden war. Jenes Gemeinland war theils zur Cultur bestimmt, theils zur gemeinen Weide; die Censoren verpachteten es gegen Zehnten und Hutgeld in beträchtlichen Partien, so daß nur die Reicheren zur Theilnahme an seiner Benutzung gelangen konnten.[e]) Die Populären suchten nun aus dem Gemeinland den Aermeren Grundbesitz zuzuwenden. Wurde diese Aufgabe in dem rechten Sinn angegriffen und durchgeführt, so konnte der sich in seinen Grundelementen auflockernde Staat erhalten, die alte Verfassung, in welcher Rom groß geworden war, restaurirt und auf lange gegen Zerstörung geschützt werden. Die Krankheit des gemeinen Wesens hatte ihre Wurzel darin, daß die Masse des Volks ohne Grundeigenthum, also von dem natürlichen Fundament des Staats getrennt, und zu einem unsichern, haltlosen Pöbel geworden war. Die Ursache lag zunächst in der grenzenlosen Sucht der Reichen, den Grundbesitz an sich zu ziehen, doch hätte das Grundeigenthum in die Hände Weniger fallen können, ohne die geringeren Bürger dem Geschäft des Landbaues zu entfremden. Die Theilnahme derselben an dem Betrieb der Landwirthschaft als Pächter oder zu einem erblichen Recht würde zwar auch eine innerliche Modification der alten Verfassung nach sich gezogen haben, durch die Abhängigkeit, in welche diese Hintersassen gegen die Gutsherren gekommen

---

p. IV. [Vgl. Ritschl tab. IIIa, Mommsen im C. I. L. I n. 207. 208, der es in die Gracchenzeit hinaufrücken möchte. Gegengründe bei Rudorff ad legem aciliam p. 486.]

u) Sueton. Iul. 41. Cic. Philipp. I 8.

a) Appian. de bell. civ. I 21. Epit. Liv. 60. Aufgehoben durch die lex octavia Cic. Brut. 62. offic. II 21. Spätere Gesetze dieser Art sind die lex cassia terentia 681 (von den Consuln dieses Jahres), clodia 696, welche letztere so weit ging, die unentgeltliche Austheilung zu befehlen Ascon. in Pison. (Orell. p. 9).

b) Sueton. Iul. 41, vgl. Savigny Zeitschr. für gesch. Rechtswiss. XI S. 51.

c) Sueton. Octav. 42.

d) Ueber diesen Gegenstand ist vor allem zu vergleichen Rudorff das Ackergesetz des Sp. Thorius, Zeitschrift für gesch. Rechtswiss. X 1 [mit der vortrefflichen Rec. von Huschke krit. Jahrb. 1841. S. 579—620. Auch A. W. Zumpt's ausführliche Untersuchungen über die röm. Militaircolonien gehen auf die alten Ackergesetze zurück. Vgl. dessen comm. epigr. 1850. p. 250 ff. R.]

e) Vgl. oben § 57.

wären, indessen wäre dieß das geringere Uebel gewesen. Auch hatten sich solche Verhältnisse auf den Ländereien der Städte und der Priestercollegien (den agri vectigales der späteren Zeit) zu bilden angefangen. Aber auch dieses Mittel, den großen Grundbesitz der Reichen unschädlicher zu machen, wurde durch das Institut der Sclaverei verschlossen. Die großen Grundeigenthümer fanden es sicherer und vortheilhafter, ihr Land durch eine unermeßliche Zahl von Sclaven bebauen zu lassen. Dadurch entstand für den Staat eine neue und sichtbarere Gefahr; 618 und 619 hatten in Sicilien die Sclavenempörungen begonnen, sie hatten sich schnell über Italien verbreitet, und wurden nicht ohne gewaltige Anstrengung niedergedrückt. Das licinische Gesetz, welches schon im vierten Jahrhundert diesen Uebeln hatte begegnen und vorbauen sollen, war längst außer Anwendung gekommen.

Der edelste unter allen Parteimännern des siebenten Jahrhunderts, Tiberius Sempronius Gracchus, fühlte sich berufen, diesen Uebeln ein Heilmittel zu finden, und selbst seine politischen Gegner wagten es nicht, ihn mit seinen aufrührerischen Nachfolgern in der Leitung der Populärenpartei in eine Reihe zu stellen.[f] Aber daß er als Parteihaupt seine Reform unternahm, war zwar nicht seine Schuld, es war die Schuld der Umstände und die der Gegenpartei, aber es war der Fluch, der damals und in Rom, wie fast immer und überall, das Gedeihen des guten Werks zerstörte. Sein Gesetz, die lex sempronia agraria von 621, unter dem Beirath der tüchtigsten Männer, des Crassus, des P. Mucius Scävola (nachher Pontifex Maximus, damals Consul), des Appius Claudius abgefaßt,[g] wendete die Bestimmung der lex licinia de modo agri auf den Besitz des Gemeinlandes an: es sollte niemand mehr als 500 Jugera von dem Ager publicus besitzen, doch so, daß jeder Sohn dieses Maß um 250 Jugera erhöhte. Was ein Bürger mehr besaß, sollte eingezogen, und an die Aermeren vertheilt werden, nicht als Eigenthum, sondern zu demselben Recht, wie bisher, als ager publicus gegen den Zehnten und das Hutgeld. Die Ausführung wurde einer besonderen Behörde: tresviri agris dandis assignandis übertragen.[h] Der Zweck war, besitzlosen Pöbel in einen angesessenen Stand von Landbebauern zu verwandeln, und dadurch zugleich den verödeten, nur von Sclaven bewohnten Landstrichen eine freie Bevölkerung zu geben.[i]

---

f) Wenn Cicero (agrar. II 5) sagt: non sum autem ego is consul, qui, ut plerique, nefas esse arbitrer, Gracchos laudare, quorum consiliis, sapientia, legibus multas esse video rei publicae partes constitutas — so mag dieses Zugeständniß dem Ort der Rede zu verdanken sein, es ist nichts desto weniger ein Zugeständniß, das er der Wahrheit macht, wahrer als was er schwach genug ist, an einem andern Ort (Brut. 27) zu sagen: propter turbulentissimum tribunatum, ad quem ex invidia foederis numantini *bonis* iratus accesserat, *ab ipsa re publica* est interfectus, von einer Schlächterei, durch die der Senat das Signal zu allen blutigen Auftritten gab, in welchen die Republik unterging.

g) Plutarch Ti. Gracch. 9.

h) [Eigenmächtige Occupationen des den großen Besitzern abgesprochenen Mehrbesitzes durch die Aermeren werden bis zu 30 Jugera anerkannt, lex agrar. v. 14. Dasselbe schreibt das revidirte Bündniß mit Bantia § 71 f. im vierten und sechsten Kapitel vor: Mommsen unterital. Dialecte S. 159—162. Das alte regellose Occupationsrecht an öffentlichem Land hörte also auf und die Assignationen werden auf jenes Maß beschränkt. R.]

i) [Das Mitbenutzungsrecht der Socii war durch Gesetze oder Bundesverträge geordnet, lex agrar. v. 29. Diese wurden durch das gracchische Gesetz vielfach verletzt und bedurften daher einer Revision, wie sie für Bantia in der § 71 f erwähnten Tafel enthalten ist. Nach derselben soll die Assignation des Gemeinlandes künftig nur durch Volks-, nicht durch Senatsbeschluß geschehen, die regellose Occupation aufhören und mit einer Mult oder mit dem Ausschluß von der Assignation bestraft werden und Niemand über 30 Jugera besitzen oder angewiesen erhalten. Kap. 1—4 b der oskischen Seite. Mommsen a. a. O. S. 159. 160. R.]

Die Veräußerung der durch das Gesetz erhaltenen Besitzungen wurde verboten, damit die Absicht des Gesetzes wirklich erreicht würde, und nicht etwa die Erwerber, um in der Stadt ein schon gewohntes Leben des Müßiggangs fortzuführen, ihren Besitz zu Geld machen möchten.[k]) Die Maßregel war nicht ohne Härte für die Reichen, deren Grundeigenthum freilich, wie groß es auch sein mochte, nicht angetastet ward, sondern nur ein vom Staat prekär eingeräumter Besitz, ein Besitz aber, der in ihren Familien entweder viele Menschenalter gewesen war, und in den sie zum Theil viel verwendet, oder den sie ohne Rücksicht auf eine mögliche Einziehung durch den Staat als den Eigenthümer, wie sie nun bevorstand, kauf- oder tauschweise an sich gebracht hatten. Indessen war das Gesetz immer kein Eingriff in Privatrechte; der Eingriff in die durch die Länge der Zeit ihnen nur genäherten Privatinteressen war durch die Umstände vollkommen gerechtfertigt; dieß lehrt die Geschichte der Folgezeit, in welcher patriotische Römer veranlaßt waren, den Widerstand gegen das sempronische Gesetz zu beklagen, und die Mäßigung des von den Zeitgenossen als Aufrührer verfolgten Volkstribuns zurückzuwünschen. Dieser hatte den Besitzern eine Entschädigung angeboten, erst als sie diese Milderung verwarfen, machte er von dem strengen Recht, welches dem Staat unbestritten zustand, Gebrauch.

Den Fortgang der Ausführung des Gesetzes sollte ein Senatsbeschluß 625 hemmen, welcher die dazu ernannte Commission aufhob. C. Gracchus stellte sie wieder her durch die lex sempronia von 631. Dagegen griff der Senat zu dem unwürdigen Mittel, durch den Volkstribun M. Livius Drusus Gesetze vorschlagen zu lassen, welche dem Volk scheinbar größere Zugeständnisse machten, und so dessen Gunst dem Gracchus entziehen sollten. Nach dem Sturz des letzteren ließ er ein Gesetz geben, welches die von dem sempronischen verbotene Veräußerung der zugetheilten Besitzungen erlaubte, und indem es dem Pöbel Geld statt Land verschaffte, diesem genehm war, den Reichen aber die Gelegenheit gab, die Armen aus dem Grundbesitz wieder zu verdrängen. Ein zweites Gesetz verbot alle Vertheilungen des Gemeinlandes, das im Privatbesitz sich befand, und hob damit das sempronische völlig auf, dessen wohlthätiger Zweck schon durch jenes erste vernichtet war, dagegen verfügte es, daß die von den Besitzern zu erhebenden Abgaben unter die Armen vertheilt werden sollten. Endlich kam es dahin, daß die Abgaben den Besitzern selbst erlassen wurden.[l])

---

k) Appian. de bell. civ. I 9. 10.

l) Appian de bell. civ. I 27. Daß dieses letzte Gesetz von dem Volkstribun Sp. Thorius herrührt, sagt Cic. Brut. 36, 136, das zweite schreiben die Handschriften des Appian einem Sp. Borius zu, welchen die Herausgeber in Sp. Thorius verwandeln. Diese Emendation kann richtig sein, nur ist es jedenfalls ein anderer Sp. Thorius, dem das dritte zuzuschreiben ist. Appian nennt den Urheber dieses dritten nicht, wenn er aber sagt: καὶ τοὺς φόρους οὐ πολὺ ὕστερον διέλυσε δήμαρχος ἕτερος, so kann er damit wohl einen andern Tribunen desselben Namens gemeint haben. [Jetzt hat Mommsen Berichte der sächs. Gesellsch. 1850 S. 92 durch eine eben so neue als scharfsinnige Behandlung dieses Gegenstandes die Angaben Cicero's und Appian's zu vereinigen gesucht, indem er die erstere — Sp. Thorius — agrum publicum vitiosa et inutili lege vectigali levavit — dahin erklärt, daß Sp. Thorius mittels eines Vectigal das Gemeinland von dem nichtigen und zwecklosen Ackergesetz des Tib. oder C. Gracchus befreite. Dann wäre auch nach Cicero das zweite Gesetz bei Appian die Lex Thoria und die ohnehin nicht genügend beglaubigte Lex Boria aufzugeben. Eine weitere Folge würde sein, daß das von mir restituirte Gesetz vom Jahr 643, welches c. 8 das Vectigal abschafft, nicht das Thorische vom Jahr 635 oder 636 (wenn man die 15 Jahre bei Appian von 621 rechnet) sein kann, wogegen denn auch Mommsen S. 94 protestirt hat. — Ich bin ungeachtet des hier wie ein alter Bekannter auftretenden vectigal sehr geneigt, Mommsen's Vorschlag beizutreten. R.]

Dieß geschah durch die lex thoria 643, indem sie die Besitzungen, die vor den agrarischen Gesetzen erworben, oder durch diese verliehen worden waren, mit Einschluß der Verleihungen von italischem ager publicus durch das thorische Gesetz selbst, in Privateigenthum verwandelte (ager privatus esto). Von dieser Lex Thoria, die außerdem auch Verfügungen über das Gemeinland in Africa und im korinthischen Gebiet traf, sind uns beträchtliche Fragmente zugekommen, auf der Rückseite der Tafelbruchstücke, welche auf der Vorderseite die oben erwähnte Lex Servilia enthalten.[m])

Die agrarische Angelegenheit hörte nicht auf, stets wieder als ein Gegenstand des Streits in den politischen Unruhen zu dienen. Nicht wenige Tribunen behandelten das Gemeinland als eine Beute für sich und das ihnen anhängende gemeine Volk, wenig bekümmert, ob dem Gemeinwesen durch dieses Opfer ein dauernder Gewinn erkauft ward oder nicht. Manche dieser Gesetze wurden abgewendet, wie die lex marcia 650, apuleia 654, titia 655, livia 663, servilia Rulli 691. Cäsar endlich (lex iulia agraria 695) brachte alles Gemeinland, das bis dahin noch in Italien dem Staat erhalten worden war, zur Vertheilung, er hatte die Macht und die Geschicklichkeit, sein Gesetz gegen alle Ausweichungen und Machinationen zu sichern.[n]) Das Gesetz war den Umständen angemessen, und ohne Tadel, aber hinter ihm lag die Alleinherrschaft seines Urhebers und das Ende der bisherigen Verfassung.[o])

Das Ius civile und seine Quellen.

LXXIII. Von den beiden Elementen, aus denen das älteste Recht der Römer bestand, dem, welches wir das ramnische genannt haben, und dem quiritischen, hatte das letztere noch in der vorigen Periode ein entschiedenes Uebergewicht erhalten, es war das gemeine Recht der römischen Bürger geworden. Als solches wurde es am Anfang dieser Periode in den Zwölf Tafeln aufgestellt. Dies ist die ursprüngliche Bedeutung des ius civile; neben diesem Ausdruck erhielt der ältere: ius quiritium, sich noch in einzelnen Formeln, für die er hergebracht war, bis auf die spätesten Zeiten des römischen Volks. Das ius quiritium ist ein Recht, welches einen Gegensatz im Innern des Volks voraussetzt, es steht dem ramnischen Recht gegenüber, und auch später wird nicht von allen Rechten eines römischen Bürgers als solchen gesagt, daß sie ex iure quiritium zustehen. Es ist das reine, von dem öffentlichen abgeschiedene Privatrecht; was der Einzelne als ausschließlich sein behauptet, das nennt er meum ex iure quiritium. Das ius civile dagegen hat seinen Gegensatz außerhalb des römischen Volks, an den Rechten anderer Völker; welches auch die Unterschiede im Innern sein mögen, ius civile ist das eigenthümliche Recht der Römer gegenüber andern Völkern und abgesondert von ihnen gedacht.

Aber neben dieses Ius civile trat im Lauf dieser Periode noch anderes Recht, neue Elemente, die nicht in der eigenthümlichen Natur der römischen

---

m) Restituirt und mit einem höchst lehrreichen Commentar über die verschiedenen ihren Inhalt betreffenden Verhältnisse versehen von Rudorff 1839, s. Note d. [Weitere Restitutionen, Erläuterungen und Uebersichten haben Huschke Note d, Zumpt (daselbst) und Mommsen (Note l) geliefert. Dagegen ist durch Zeiss de lege thoria 1841 und Heusde stud. crit. in Lucil. 1842 p. 49 sq. die Untersuchung in keinem Punkt gefördert worden. Um so mehr haben jetzt die noch unaufgeklärten Punkte durch Mommsen's eben so gründliche als übersichtliche Arbeit C. I. L. I n. 200 p. 75—106 gewonnen, wozu die Verbindungstafel p. 79 die Grundlage bildet. R.]

n) Dio Cass. XXXVIII 1—7.

o) Cato: ich fürchte nicht das Gesetz, aber den Lohn, den sein Urheber dafür erwartet.

Nation gegründet waren, drangen in das Recht der Römer. Dadurch wurde das Jus civile selbst nur ein Theil des gesammten römischen Rechts, es erhielt im Innern des römischen Staats einen Gegensatz. Wie dieß zuerst geschehen ist, wird bei der Geschichte des Jus Gentium entwickelt werden.

Auf ähnliche Weise erklärt sich der Begriff des ius civile in einigen andern Gegensätzen. Am nächsten liegt der des prätorischen Rechts, dessen Verwandtschaft mit dem des Jus Gentium unten nachgewiesen werden soll. Dann der Gebrauch des Worts im Gegensatz zu gewissen neueren Gesetzen, welche die Consequenz und Strenge des Jus civile durch die Befolgung moderner Rechtsansichten gebrochen haben, ein Gegensatz, der eine gewisse Verwandtschaft hat mit dem des Jus Gentium in seiner späteren Entwickelung.[a]) Aber ius civile wird auch das alte Recht gegenüber neueren Gesetzen genannt, die seine Vorschriften aus nicht eigentlich juristischen, sondern politischen Gründen verlassen haben; am häufigsten kommt hier der Ausdruck gegenüber dem Recht der Lex Julia und Papia vor.[b]) Diesem Gegensatz nicht unähnlich ist der der Criminalgesetze, durch den das ius civile dem Strafrecht entgegengestellt wird,[c]) die Criminalgesetze werden aber von dem Jus civile, quod pertinet ad omnes, auch deswegen unterschieden, weil der gute Bürger sie nicht als ein ihm geschriebenes Recht betrachten wird.

Die Grundlage des Jus civile war das Gesetz der Zwölf Tafeln. Neben diesem geschriebenen bestand ein großer Theil des Rechts ungeschrieben, im Bewußtsein des Volks lebend und sich entwickelnd, als Gewohnheitsrecht. Beide, das geschriebene und das ungeschriebene Recht, waren vollkommen gleichartig, beide waren Eigenthum des Volks. Die Zwölf Tafeln sollten die Fundamentalsätze des ganzen Rechts darstellen, das übrige Recht erschien als eine Fortsetzung derselben, als die Zweige, die sich an jenen Stamm und seine Aeste ansetzten. Das unaufgezeichnete, das in der Volksüberzeugung sich fortbildende und neu entstehende Recht wurde an die Bestimmungen der Zwölf Tafeln angeschlossen. Dieß war das Geschäft der damaligen Rechtskundigen. Daher nannte man das neben dem geschriebenen bestehende Gewohnheitsrecht die interpretatio duodecim tabularum.[d]) Es war dieß ein natürlicher Vorzug des durch den ausdrücklichen Beschluß des Volks angenommenen Rechts; zugleich mußte es als das unverfänglichste erscheinen, sich bei der Rechtspflege so genau als möglich an das durch Uebereinkunft zwischen beiden Ständen aufgestellte Grundgesetz zu halten, so lange namentlich die Rechtspflege noch ausschließlich in den Händen der Patricier war. Die Zwölf Tafeln hatten auch in dieser Beziehung die Eigenschaft einer vom wahren Bedürfniß veranlaßten und im rechten Geist gemachten Gesetzgebung, daß der geschriebene Buchstabe derselben die Entwicke-

---

a) Dahin gehört es, wenn die römischen Juristen ius civile das alte Recht nennen gegenüber dem S. C. neronianum, welches den Nichtgebrauch der passenden civilrechtlichen Form bei Legaten unschädlich macht (Gai. II 197. 198. Ulp. XXIV 11), dem S. C. trebellianum, das einen Universalfideicommissar, indem es mehr auf die Sache als auf die Form gesehen wissen will, wie einen Erben behandelt (Gai. II 255), gegenüber der Lex Junia, welche die Möglichkeit, postumi einzusetzen und dadurch die Ruption des Testaments zu verhüten, erweiterte (Ulp. XXII 19), gegenüber dem S. C., wodurch die Gegenstände des Ususfructus über die civilrechtliche Natur dieses Rechts hinaus vermehrt wurden (Ulp. XXIV 26. 27) u. s. f.

b) Gai. II 206. Ulp. XXIV 12. 13.

c) Cic. in Verr. I 42. pro Caec. 2.

d) Vgl. Pompon. L. 2 § 5. 6. 38 D. de orig. iur. (1, 2). Näher wird davon unten bei der Thätigkeit der prudentes die Rede sein (§ 78).

lung des Rechts nicht hemmte, sondern ihr eine sichere Grundlage gab und sie also vielmehr beförderte.

Das Ius civile hatte aber auch noch andere Quellen und Organe, durch die es sich fortbildete. Cicero zählt sie, indem er auf Vollständigkeit ausgeht, so auf (top. 5): leges, senatusconsulta, res iudicatae, iurisperitorum auctoritas, edicta magistratuum, mos, aequitas.

Die Aequitas ist das innere, belebende Element alles Rechts, wie denn in derselben Schrift (top. 2) die Definition des ius civile so gegeben wird: est aequitas constituta iis, qui eiusdem civitatis sunt, ad res suas obtinendas, und an einem andern Ort: iustitia est aequitas ius unicuique tribuens pro dignitate cuiusque.[e]) Von diesem geistigen Princip des Rechts muß durchdrungen und geleitet sein, wer es richtig erfassen und anwenden will, damit er nicht denen gleiche, die in omni iure civili aequitatem reliquerunt, verba ipsa tenuerunt,[f]) sei es, daß dieser Geist des Ius civile ihm von Natur als Gefühl innewohne, oder er sich desselben auf wissenschaftlichem Wege bemächtigt habe, in welchem Fall der Name civilis ratio dafür gebraucht wird. So fügt Cicero daher den übrigen Quellen des Ius civile die Aequitas als ein unentbehrliches, bei dem Gebrauch aller mitwirkendes Complement hinzu.[g])

Unter den äußeren Quellen steht mos diesem inneren Erkenntnißmittel des Rechts am nächsten, die Sitte ist der in der Thätigkeit des Volks selbst verkörperte Rechtssinn desselben, in ihr spiegelt sich am unmittelbarsten der eigenthümliche Geist seines Rechts.

Ein äußerlicheres Organ schon sind die res iudicatae. Das Urtheil des Richters, wodurch er das von ihm erkannte Recht auf einen besonderen Fall anwendet, hat zunächst nur die Wirkung, diese einzelne Rechtssache zu entscheiden, aber es enthält zugleich den anerkennenden Ausspruch des Rechtssatzes, der darin auf den vorliegenden Fall angewendet worden ist; insofern nun anzunehmen ist, daß der Richter das Recht richtig erkannt und angewendet habe, wird von dem Urtheil der Gebrauch gemacht werden können, sich in einem gleichen späteren Fall darauf zu berufen, daß jener frühere so entschieden, und von dem Richter dieser Rechtssatz als bestehend anerkannt worden sei, eine Berufung, die an Gewicht gewinnen wird, wenn sie sich auf mehrere, wiederholte und gleichmäßige Urtheile bezieht. Dieß ist die auctoritas rerum iudicatarum, die ein natürliches Hülfsmittel für die Erkenntniß eines irgendwie als ungewiß erscheinenden Rechtssatzes ist, also ein Organ des Rechts, dessen Gebrauch um so zulässiger wird, je mehr, wie es in Rom der Fall war, durch die öffentliche Theilnahme die Sorgfalt der Richter geweckt, und durch die Mitwirkung kundigster Männer ihre Einsicht gefördert wird. Daß Cicero in seiner Aufzählung der Quellen die res iudicatae zunächst hinter die Senatsschlüsse stellt, hat seinen Grund darin, daß er im Sinn seiner Partei den Senat als das Gremium betrachtet, aus dem die Richter zu nehmen sind, wie dieß in der That althergebrachtes, nur durch neuere Populargesetze verkümmertes Recht war. Ihm erscheinen die res iudicatae als ein Einfluß, welchen der Senat in einzelnen seiner Glieder (wie durch die Senatusconsulta in seiner Gesammtheit) auf das Ius civile ausübt.

Es bleiben uns nur vier Quellen des Ius civile übrig, die zum Theil

---

e) Rhet. ad Herenn. III 2. *f*) Cic. pro Mur. 12.

g) Vgl. F. A. Schilling Institutionen B. 2 S. 37 f. [M. Voigt die Lehre vom ius naturale I 1856 S. 11 f.] Von der aequitas, die sich auf das ius gentium bezieht, wird bei diesem die Rede sein.

dem römischen Rechtszustand eigenthümlich sind, zum Theil wenigstens bei den Römern eine besondere Gestalt angenommen haben, und darum einer ausführlicheren Darlegung bedürfen. Zugleich wird die Frage nach ihrem Einfluß auf die Entwickelung des römischen Rechts in dieser Periode beantwortet, so wie endlich, was von ihnen auf unsere Zeiten gekommen ist, bemerkt werden müssen.

A. Leges.

LXXIV. Die Volksschlüsse sind theils eigentliche leges (populiscita), die Beschlüsse der (Curiat- und) Centuriatcomitien, theils plebiscita, Beschlüsse der Tributcomitien. Dieser Name blieb auch, nachdem diese Comitien längst aufgehört hatten, rein plebejische zu sein, eben wie die tribuni plebis noch immer so hießen, als ihre Bestimmung sich nicht mehr auf die Plebs, sondern auf alle Bürger gegenüber der magistratischen Gewalt, gegen deren widerrechtlichen Gebrauch sie schützen sollten, bezog. Die Gleichstellung der Tribut- mit den Centuriatbeschlüssen hatte aber die Folge, daß der Name lex auch auf die Plebiscite erstreckt ward, nur daß in der genaueren publicistischen Sprache, wie sie namentlich in den Gesetzen angewendet wird, der allgemeineren Bezeichnung lex noch die Bemerkung beigesetzt wurde, daß sie ein Plebiscit sei: lex plebeivescitum, lex sive plebiscitum etc.[a]) Sonst wird in der Regel das Gesetz lex schlechtweg genannt, nur wenn ein Gewicht auf seine Entstehungsart gelegt werden soll, wird es als Plebiscit bezeichnet (z. B. lex canuleia, plebiscitum canuleium). Daß die meisten der Leges, wodurch Rechtssätze festgesetzt wurden, Plebiscite sind, ist schon oben bemerkt worden (§ 59).

Die Lex wird in Vorschlag und vor die Volksversammlung gebracht von einem Magistrat, der die Versammlung zu diesem Zwecke hält, vor die Tributcomitien durch einen oder mehrere tribuni plebis, vor die Centuriatcomitien nur durch höhere Magistrate. Nach diesen, die es vorschlugen, wurde das Gesetz genannt. Schon bei der Ankündigung und Berufung der Comitien wurde der Gegenstand, der vor sie gebracht werden sollte, bekannt gemacht (promulgatio legis), es wurden auch vorbereitende Concionen gehalten, um dem Volk den Inhalt des Entwurfs vorzulegen und zu empfehlen. Alle diese Handlungen, wodurch ein Vorschlag an das Volk gebracht wird, werden unter dem Ausdruck: legem ferre zusammengefaßt, rogare legem heißt die solenne Formel, mit welcher der Magistrat das zur Entscheidung versammelte Volk zu dieser auffordert: velitis iubeatis hoc, Quirites, rogo.[b]) Er selbst pflegte eine Rede zu Gunsten seines Vorschlags zu halten, Andere (suasores legis) unterstützten ihn, aber auch den dissuasores wurde Raum gegeben. Auctor legis heißt der, welcher das Gesetz unterstützt; wie der Senat durch einen Beschluß auctor werden konnte, so konnte es auch ein Einzelner durch seine Unterstützung, wenn diese vermöge seines persönlichen Ansehens das jenen Namen rechtfertigende Gewicht besaß. Alle diese Vorbereitungen wurden besonders wichtig, als

---

a) Aehnlich wie die arbitri auch iudices genannt werden, aber die genauere Bezeichnung war: iudex arbiterve, was Cicero in der Rede pro Murena zu dem populären Scherz Veranlassung giebt: die Juristen getrauten sich nach so langer Zeit, die sie sich mit der Sache beschäftigt hatten, noch nicht zu entscheiden, ob man iudex oder arbiter sagen müsse. Hätte er statt der Juristen die Staatsmänner persifliren wollen, so würde er das Beispiel von lex plebeivescitum mit demselben Recht haben gebrauchen können.

b) [Auf die auch bei der Lex übliche Form von Frage (rogatio) und Antwort bezieht sich wohl hauptsächlich die communis rei publicae *sponsio* in Papinian's Definition L. 1 de leg. (1, 3). R.]

die Mitwirkung mehrerer Staatskörper zu einem Gesetz aufhörte, und durch den Beschluß einer einzigen Versammlung ein Gesetz entstehen konnte. Den Versuchen, ein Gesetz durch Ueberraschung durchzubringen, wie sie in den späteren Zeiten nicht selten vorkommen, sollte die Lex Cäcilia et Didia, ein Centuriatgesetz vom J. 656 begegnen. Sie verordnete die Promulgation des Entwurfs an drei vorhergehenden Markttagen, und verbot zugleich ein anderes Mittel, einen Beschluß zu erschleichen, die Verbindung mehrerer einander fremder Gegenstände zu Einer Rogation.[c]) Die Abstimmung wurde durch die Aufforderung: discedite eingeleitet, worauf das Volk sich in seine Tribus absonderte. Sie geschah als Antwort auf die Rogation mit den Worten: uti rogas, oder im Fall der Verneinung: antiquo. Die Tribus, die zuerst stimmt, heißt principium, sie wurde in der Gesetzesurkunde genannt: tribus . . . principium fuit, pro tribu . . . primus scivit. Ohne Zweifel wählte der Urheber des Gesetzes das principium; es läßt sich kaum denken, daß eine Tribus diese Erwähnung fand, die gegen das Gesetz gestimmt hatte, wie es nicht selten hätte geschehen müssen, wenn die erste Stimme durch das Loos ertheilt worden wäre, wie es bei den Wahlen geschah.[d])

Die genaue und zweckmäßige Fassung des Gesetzes war dem Magistrat überlassen, der es in Vorschlag brachte, und dem es an sachverständiger Hülfe nicht fehlen konnte. Dem Volk wurde das Gesetz im Ganzen vorgelegt, die Ausführung seines Inhalts in den einzelnen Bestimmungen und Ausdrücken hielten die Römer für keinen Gegenstand einer Discussion und Beschlußfassung durch die Menge. Ihr praktischer Verstand sah ein, daß die Gestaltung des Gesetzes von Wenigen ausgehen muß, und ein fehlerhafter Entwurf durch die Mitwirkung einer großen Versammlung nicht gebessert werden wird.

Ein für die Wirkung der Gesetze wichtiger Punkt war die sanctio legis, d. h. der Theil des Gesetzes, wodurch der Verletzung desselben vorgesehen ward.[e]) Die Existenz einer solchen Sanctio und ihre Beschaffenheit hat eine Eintheilung der privatrechtlichen Gesetze, durch die etwas geboten oder verboten wird, veranlaßt.[f]) Wenn ein solches Gesetz eine Sanctio hat, wodurch der Act, welcher gegen das Gesetz geschieht, für nichtig erklärt wird, so heißt es lex perfecta.[g]) Diese Sanctio konnte aber auch dem Gesetz fehlen, nicht etwa aus

---

c) Or. pro domo 20. Cic. Philipp. V 3.

d) Hier wurde eine Centuria als praerogativa herausgelost (vgl. Huschke Servius Tull. S. 649 ff.), auf welche dann die übrigen in ihrer gesetzlichen Ordnung (iure vocatae) folgten. Was der falsche Asconius über diesen Gegensatz von praerogativae und iure vocatae sagt (Orell. p. 139), ist unbrauchbar, es ist ein Mißverständniß der bina comitia, von denen oben § 59 die Rede war.

e) Rhet. ad Herenn. II 10. (— ut altera cogat, altera permittat — plus enim valet sanctio permissione) Papin. L. 41 D. de poen. 48, 19 (Sanctio legum, quae novissime certam poenam irrogat iis, qui praeceptis legis non obtemperaverint). Cic. de invent. II 49.

f) Ulpian's Fragm. am Eingang.

g) [Zur Sanctio gehört auch die Feststellung der Proceßform, in welcher der Anspruch verfolgt werden darf (Legis Actio). Manche Leges, namentlich die minus quam perfectae, gestatteten sofortige Privatexecution durch Manus Injectio oder Pignoris Capio (§ 162), z. B. die sogenannte Lex Mamilia und Quinctia (Rudorff Zeitschrift für geschichtl. Rechtswiss. IX S. 370. 371. XIV S. 365 f.). In der Regel muß jedoch der Schuldner erst im ordentlichen Proceß ausgeklagt werden (vgl. z. B. die Lex Servilia c. 28 Zeile 72—74 Zeitschrift XII S. 139 Note 20, und das Agrargesetz vom Jahre 643, die sogenannte Lex Thoria c. 17, daselbst X S. 161). Dieser Rechtsweg wird daher auch im Zweifel präsumirt L. un. D. de cond. ex lege 13, 2. R.]

Nachlässigkeit, sondern weil es den Umständen angemessener schien, nicht im allgemeinen darüber zu entscheiden, die Ausführung des Gesetzes vielmehr dem Ermessen der Magistrate zu überlassen. So hatte die Lex Cincia, indem sie Schenkungen über ein gewisses Maß verbot, die Absicht, leichtsinnige und übereilte Schenkungen zu verhüten; solchen, bei denen von einer Uebereilung entschieden nicht die Rede sein konnte, wollte das Gesetz nicht entgegentreten, ob nun eine gewisse Schenkung aus diesem Grund aufrecht zu erhalten sei, war am besten der Entscheidung des Prätors anheimzustellen. Dieses Ermessen würde durch jene Sanctio, wodurch jeder den Verfügungen des Gesetzes zuwiderlaufende Act für nichtig erklärt worden wäre, verhindert worden sein, darum wurde das Gesetz als eine lex imperfecta, d. h. ohne Sanctio gegeben. Zwischen beiden Fällen in der Mitte steht ein Gesetz, das zwar eine Sanctio hat, also nicht imperfecta ist, aber doch nicht eine solche, die den verbotenen Act vernichtet, sondern nur eine Strafe für denselben bestimmt; Ulpian nennt eine solche lex minus quam perfecta. Das Gesetz, welches er als Beispiel nennt, betrifft ebenfalls die Beschränkung gewisser Gaben, der Vermächtnisse, auf eine gewisse Summe. Die höheren Vermächtnisse selbst werden durch die Lex Furia nicht für ungültig erklärt, aber wer, ohne zu den ausgenommenen Personen zu gehören, davon Gebrauch machte, sollte das Vierfache zurückgeben.

Eine beträchtliche Menge von Gesetzen wird in den alten Schriftstellern erwähnt,[h] die meisten nur mit allgemeinerer oder speciellerer Angabe ihres Inhalts, mehrere mit wörtlicher Anführung einzelner Abschnitte, einige sind in größeren und kleineren Bruchstücken unmittelbar uns überliefert. Die Mehrzahl derselben betrifft die öffentlichen Verhältnisse, aber auch nicht wenige einzelne Punkte des Privatrechts wurden durch Volksschlüsse bestimmt und abgeändert; Aenderungen in der Gesetzgebung waren so wenig unerhört, daß die Frage des Widerstreits von Gesetzen auch in den rhetorischen Schriften eine besondere Stelle einnimmt.[i] Indessen wurde das Recht seit den Zwölf Tafeln keineswegs vorzugsweise durch Gesetze fortgebildet, dieß geschah durch ganz andere Organe, die unten genannt werden sollen. Es wurde kein Gesetz gegeben, das auch nur annähernd mit dem Umfang der Decemviralgesetzgebung verglichen werden könnte, nur einzelne Punkte sind es, für welche das Bedürfniß ihrer Feststellung durch einen Volksschluß entstand. Noch mehr: bei den meisten der privatrechtlichen Gesetze läßt sich eine öffentliche Beziehung nachweisen, welche das Einschreiten der Gesetzgebung veranlaßte, so daß das Gesetz, obwohl sein Gegenstand dem Privatrecht angehört, durch die Auffassung desselben und den Zweck, der dadurch erreicht werden soll, über die Grenzen des reinen Privatrechts hinausreicht, und eine politische Farbe wenigstens bei seiner Entstehung trägt. So die Gesetze über die Zinsen: duillia maenia 397, das Zinsgesetz von 407, genucia 412, marcia, sempronia 561, gabinia; über das

h) Eine Zusammenstellung derselben enthält Ant. Augustini de legibus et senatusconsultis liber. Adi. legum etc. fragmentis, c. n. Fulvii Ursini 1583 und öfter. Ohne Vergleich brauchbarer ist die in Orelli's onomast. tull. P. III p. 117—305 von Baiter gegebene: index legum rom., quarum apud Ciceronem eiusque scholiastas, item apud Livium, Velleium, Gellium nominatim mentio fit.

i) Rhet. ad Herenn. II 10: Quum duae leges inter se discrepant, videndum est primum, num qua obrogatio aut derogatio sit etc. Cic. de invent. I 13. II 49. Die technischen Ausdrücke für die Abänderung giebt Ulpian im Eingang der s. g. Fragmente: lex aut rogatur, i. e. fertur, aut *abrogatur*, i. e. prior lex tollitur, aut *derogatur*, i. e. pars primae tollitur, aut *subrogatur*, i. e. adiicitur aliquid primae legi, aut *obrogatur*, i. e. mutatur aliquid ex prima lege.

Schuldrecht: poetelia papiria 428, iulia de cessione bonorum; über die Bürgschaften: furia, apuleia, publilia, cornelia; die lex plaetoria zu Gunsten der Minderjährigen; die Gesetze über die Tutel: atilia, iulia et titia; die Einschränkungen der Schenkungen durch die lex cincia 550, der Vermächtnisse durch die lex furia, der Vermächtnisse und des weiblichen Erbrechts durch die lex voconia 585; auch die Gesetze über die Usucapion: atinia, iulia et plautia, haben theilweise eine politische Natur, nicht weniger wohl die aquilia über rechtswidrige Beschädigungen.[k])

Diese privatrechtlichen Gesetze werden in der Geschichte des Privatrechts, die über das gerichtliche Verfahren in Rechtsstreitigkeiten in der Geschichte des Civilprocesses, bei den Materien, auf welche sie sich beziehen, vorkommen. Der Gesetze, welche sich unmittelbar auf das öffentliche Recht beziehen, ist in der Geschichte der Verfassung gedacht, und bei denen, welche theilweise auf größeren oder kleineren Bruchstücken metallener Tafeln, auf denen sie verzeichnet waren, uns überliefert sind, dieß angemerkt worden.

B. Senatusconsulta.

LXXV. Ob der Senat in dieser Periode gesetzgebende Gewalt gehabt habe, oder wie es die römischen Juristen ausdrücken: ob er habe können ius facere, ob die Senatsbeschlüsse legis vicem hatten, darüber ist unter unsern Rechtshistorikern viel gestritten worden. Abgesehen von den auf offenbaren Irrthümern beruhenden Gründen, die von beiden Seiten vorgebracht worden sind, so hat man die Frage bejaht, weil Cicero die Senatusconsulta unter den Quellen des Ius civile unmittelbar hinter den Leges aufführt, und in der That Senatsbeschlüsse über Gegenstände des Privatrechts schon in dieser Periode vorkommen, z. B. das von 557 (Liv. XLI 9), wodurch, um dem Einschleichen in die römische Civität zu begegnen, den Magistraten befohlen wurde, sie sollten bei den Manumissionen den Manumissoren einen Eid darüber abnehmen, daß die Manumission nicht civitatis mutandae causa geschehe.[a]) Dagegen hat man auf die Stellung des Senats überhaupt, in welcher eine gesetzgebende Gewalt nicht lag, auf die Nothwendigkeit, zwischen Gesetzen und einer Rechtssetzung, wie sie ohne jene Gewalt möglich sei, zu unterscheiden, sich berufen, und hat die Beschlüsse des Senats lediglich als Verordnungen und Instructionen an die Magistrate (wie auch der eben angeführte eine solche war) betrachtet, die also nur die Kraft gehabt hätten, die ihnen die Magistrate hätten geben können und vermöge ihres Verhältnisses zum Senat geben sollen. Dafür wird denn auch eine Stelle des Dionysius (IX 37) angeführt, welcher erzählt, dem Tribun Genucius, der 283 eine Landvertheilung an die Plebs kraft eines zwölf Jahre früher gegebenen, aber bis dahin nicht ausgeführten Senatsbeschlusses von den Consuln forderte, hätten diese entgegnet, das Senatusconsul-

---

k) [Ebenso die lex Maenia de dote (568) über die Aufhebung der häuslichen Ehegerichte und die actio rei uxoriae. Vgl. die Festschrift von M. Voigt die lex Maenia de dote vom Jahre DLXVIII der Stadt. Weimar 1866, und darüber Arndts in der Zeitschr. für R. G. VII (1867) S. 1—44. R.]

a) Hugo Gesch. des R. R. S. 406 ff., Theophilius (paraphr. institut. I 2 § 5), der den Senatsschlüssen seit der Lex Hortensia gesetzliche Kraft zuschreibt, kann hier keine Autorität zugestanden werden, wo wir die Quellen, aus denen er ohne Zweifel geschöpft hat (Gai. I 3. 4. Pompon. L. 2 § 9 D. de orig. iur.), selbst besitzen, und seine eigenen Zuthaten, die den geschichtlichen Kenntnissen eines byzantinischen Professors des sechsten Jahrhunderts ganz gemäß sind, davon unterscheiden können.

tum gehe sie nicht an, ein Beschluß des Senats sei kein Gesetz, er gelte nur für das Jahr, in dem, für die Magistrate, an welche er erlassen sei.[b])

Diese Controverse wird eine andere Gestalt annehmen, wenn man bedenkt, daß das, was unsere Gelehrten zum Gegenstand einer antiquarischen Discussion gemacht haben, bei den Römern selbst in dieser Periode der Gegenstand eines politischen Kampfes war.[c])

Für die frühere Zeit ist die Theilnahme des Senats an der Gesetzgebung in der Geschichte der Verfassung näher dargelegt worden.[d]) Es gab eine Zeit, wo seine Zustimmung wesentlich war. Die Initiative zu Centuriatgesetzen ging von ihm aus, er wurde auctor für die Vorlegung des Gesetzes an die Comitien, indem er beschloß: ut de ea re ad populum ferretur. Daß er nach der Lex Publilia die Plebiscite hinterdrein genehmigte, die auctoritas also (gewissermaßen) nachfolgte, war eine Anomalie, die durch die Lex Hortensia wieder beseitigt ward. In der späteren Zeit setzten sich manche Magistrate auch bei den Rogationen an die Centuriatcomitien über die Nothwendigkeit, die auctoritas des Senats dafür zu erhalten, hinweg, aber die Regel blieb immer, und auch die Volkstribunen brachten nicht selten Gesetze auf die Autorität des Senats an die Tributcomitien.[e]) Dieß geschah um so häufiger, als der Senat mancherlei Mittel hatte, ein ihm nicht genehmes Gesetz zu verhindern, oder, wenn es beschlossen war, seine Ausführung zu hemmen.

Der Senat repräsentirte den vornehmen und durch seinen Reichthum und seine Verbindungen mächtigen Theil des Volks. Die Verfassung gab dem Senat die Repräsentation des Staats nach Außen; die Wichtigkeit der auswärtigen Angelegenheiten in den Zeiten, wo Rom über alle ihm erreichbaren Völker zu herrschen begann, und wo das römische auf Kosten der übrigen lebte, wirkte auf seine Macht im Innern zurück. Dazu kam das Verhältniß der höheren Magistrate, in deren Hände die Regierung gegeben war, zu ihm, der die Aufsicht über ihre Verwaltung führte. Sie wurden entweder durch ihre Standesinteressen getrieben, im Sinn des Senats zu handeln, oder durch die Furcht vor den Gefahren, die ihnen drohten, wenn sie sich über seine Meinung wegsetzten. Auf der politischen Laufbahn war nur die Wahl gegeben, sich entweder die Gunst und den Rückhalt des Senats zu verschaffen und zu bewahren, oder auf das Volk sich zu stützen. Das letztere war die unzuverlässigere und wandelbarere Stütze, am unsichersten für den, welcher seinem Stand nach vielmehr an den Senat, als seinen natürlichen Schirmer, gewiesen war.

Es ist einer der größten, und zugleich einer der häufigsten politischen Fehler, einem factisch mächtigen Element im Staat, dessen thatsächliche Gewalt sich nicht beseitigen läßt, den entsprechenden rechtlichen Einfluß zu versagen, oder zu schmälern. Dieß führt nothwendig zu einem unrechtlichen Gebrauch der innewohnenden Kräfte und zu allen den Uebeln, die dieser in seinem Gefolge hat. Diesen Fehler begingen die Römer, welche dem Senat eine wesentliche Theilnahme an der Volksgesetzgebung versagten, das hortensische Gesetz hat den

---

b) Huschke inc. auct. magistratuum etc. expositiones (1829) p. 6—12.

c) Gewiß hat Gaius (I 4: idque legis vicem obtinet, quamvis fuit quaesitum) dieß im Sinn; wenn er aber auch einen Streit anderer Art gemeint hätte, so wäre die Existenz einer solchen politischen Meinungsverschiedenheit selbst doch außer Zweifel.

d) S. § 41. 51. 59.

e) Auch das Umgekehrte trat ein, daß der Senat eine Rogation untersagte Rhet. ad Herenn. I 12: senatus decrevit, si eam legem ad populum ferat, adversus rem publicam videri eum facere.

Grund zu der späteren Zerrüttung der Republik gelegt. So wie man sich über die Auctoritas des Senats für die Volksschlüsse hinwegsetzte, und seine Mitwirkung zur Gesetzgebung schmälerte und prekär machte, begann er eine selbständige Gesetzgebung neben der des Volks anzustreben. Sein Verhältniß zu den Magistraten[f]) gab ihm für den Anfang genugsame Macht und scheinbare Veranlassung dazu. Administrativdecrete zu erlassen, lag in seinem constitutionellen Beruf; die Grenzen zwischen diesen und eigentlichen Gesetzen waren nicht überall scharf zu ziehen, sie wurden anfangs in zweifelhaften, dann in entschiedeneren Fällen überschritten; so bildete sich allmählich ein Gebrauch, den, obwohl er nicht unangefochten blieb, aufrechtzuhalten ihm seine eigene Stellung im Staat, und die compacte Partei, der er gebot, die Kraft verlieh.

Ueber diesen Hergang giebt ein einzelner wichtiger Punkt, die Dispensationen, das legibus solvere, Aufschluß, für den wir bei Asconius eine ausführliche Nachricht finden. Der Senat konnte nach altem Recht über eine solche Dispensation Beschluß fassen, aber dieß war nur eine Auctoritas Senatus für einen Volksschluß, durch den die Dispensation allein Kraft erhalten konnte; deshalb wurde diesen Senatusconsulten die Clausel beigefügt: ut de ea re ad populum ferretur. Nachher setzte man sich über die Nothwendigkeit, die Sache vor das Volk zu bringen, hinweg, und endlich wurde sogar jene Clausel, deren hergebrachte, wenngleich bedeutungslos gewordene Beifügung noch an das alte Recht erinnerte, weggelassen. So war dieß lange gehalten worden, als 687 der Tribun Cornelius, durch den schreiendsten Mißbrauch, der mit diesen Dispensationen getrieben ward, bewogen, das Gesetz vorschlug: ne quis nisi per populum legibus solveretur. Nachher mußte er sich begnügen, ein Gesetz durchzubringen, welches die Gegenwart von 200 Senatoren für einen solchen Beschluß forderte (denn jene Beschlüsse wurden überdieß gewöhnlich in wenig besuchten Sitzungen gefaßt), und das dem Volk das Recht wahrte, denselben wieder aufzuheben.[g]) Dadurch war also die Befugniß des Senats, selbständig einen solchen Beschluß zu fassen, ausdrücklich anerkannt.[h])

In derselben Weise hatte sich auch für die allgemeine Gesetzgebung die Kraft der Senatusconsulta allmählich verstärkt. Der Prüfstein dieser Kraft ist das Verhältniß zu Volksschlüssen, die Möglichkeit, einen solchen ganz oder theilweise aufzuheben. Verfassungsgemäß konnte der Senat ein Gesetz nicht abrogiren, er konnte nur einen Antrag an das Volk zu diesem Zweck beschließen. Außerdem konnte er das Urtheil fällen, daß das Gesetz nicht gültig, namentlich daß es gegen die Auspicien erlassen sei, und darum keine verbindende Kraft habe. Dieses letztere ist nicht ein Ausfluß gesetzgebender Gewalt, denn es ist formell nicht eine Aufhebung des Gesetzes, sondern der Ausspruch, daß es nie existirt habe.[i]) Aber in der Sache war es eben so gut, als wenn der

f) Cicero nennt sie quasi ministros gravissimi consilii, pro Sext. 65.

g) Ascon. argum. in Corn. (Orelli p. 57). Ungenau in Beziehung auf den Inhalt des Gesetzes ist die Erzählung des Dio Cassius XXXVI 22.

h) Aehnlich geschah es, daß der Senat über Krieg und Frieden entschied, ohne, wie es verfassungsmäßig hätte geschehen müssen, die Sache an die Centuriatcomitien zu bringen. S. Appian. de bell. civ. III 55.

i) Cic. fragm. pro Cornel. apud. Ascon. (Orell. p. 67 sq.): Quattuor omnino genera sunt, in quibus per senatum more maiorum statuatur aliquid de legibus. Unum est eius modi, placere legem abrogari — Alterum quae lex lata esse dicatur, ea non videri populum teneri — Beispiel von den leges liviae — Tertium est de legum derogationibus. Quo de genere persaepe senatus consulta fiunt — Beispiel von der lex calpurnia de ambitu — die vierte Art, die ausgefallen ist, ist das legibus solvere, welches die Veranlassung zu der Anklage des Cornelius gegeben hatte.

Senat das Recht gehabt hätte, unmittelbar ein Gesetz zu abrogiren,[k]) da es ihm kaum je an einem Vorwand der Ungültigkeit fehlen konnte. Wenn nun ein solcher Beschluß die Stelle einer Abrogation vertrat, so war es nur ein Schritt weiter, wenn der Senat sich das Recht der Derogation, der Aufhebung einer einzelnen Bestimmung eines Gesetzes zuschrieb. Um so mehr forderte er, daß ein Beschluß, der einen Rechtssatz neu einführte, gleich einem Gesetz befolgt würde. Niemand konnte einem solchen die Kraft einer Verordnung an die Magistrate absprechen, der Anspruch des Senats aber ging weiter, auf Gesetzeskraft der Senatusconsulta, und diese mochte Manchen in gewöhnlichen Fällen unbedenklich erscheinen, da die Volkstribunen durch Intercession den Beschluß verhindern konnten.

Die Beispiele von Senatsbeschlüssen, welche das Jus civile betreffen, sind zum Theil nur Verordnungen über die Ausführung eines bestehenden Rechtssatzes, wie die oben erwähnte von 577. Aber es kommen auch solche vor, welche über diese Sphäre hinausreichen. Wenn ein Freier pretii participandi causa sich verkaufen läßt, so soll ihm die proclamatio ad libertatem verweigert werden. Dieses Recht ist durch Senatusconsulta eingeführt,[l]) und diese existirten schon zur Zeit des Quintus Mucius.[m]) Das S. C., wodurch der Quasiususfructus eingeführt ward, setzt man gewöhnlich unter August, aus Gründen, die nichts weniger als haltbar sind; wahrscheinlich bestand es schon zu Cicero's Zeit.[n]) Daß die Senatsbeschlüsse ihre alte verfassungsmäßige Form beibehielten, wodurch sie sich von den ausdrücklich gebietenden Gesetzen unterscheiden, daß dieß ferner auch auf die Fassung und rechtliche Gestalt ihrer Verfügungen sich erstreckt (wie z. B. jene nicht direct aussprachen, der betrüglich Verkaufte solle Sclave, sondern er solle als solcher behandelt werden), das ist kein Grund gegen die wirkliche Gesetzeskraft derselben, denn beides erhielt sich auch in der dritten Periode, wo an dieser Kraft nicht mehr gezweifelt ward. Nur dadurch drückt sich der vollständige Sieg dieser Ansicht aus, daß es in der dritten Periode aufkam, die Senatusconsulta nach dem Namen dessen, der sie in Vorschlag brachte, zu benennen (§ 106), was in der gegenwärtigen lediglich bei Volksschlüssen geschah.[o])

Das Resultat ist: die Partei der Optimaten betrachtete den Senat als das eine Grundelement des Staats, dem keine geringere Macht, als dem andern, dem Volk, zukommen dürfe,[p]) dessen Beschlüsse daher so gut gelten müßten als Leges.[q]) Dieß wurde dem Senat von den Popularen nicht zugegeben, aber die Praxis war für ihn.

Die Zahl der Senatusconsulta civilrechtlichen Inhalts, welche aus dieser Periode erwähnt werden, ist überaus gering.[r]) Bei weitem die meisten be-

---

k) Abrogare und tollere werden unterschieden: quae (liviae leges) uno versiculo senatus puncto temporis sublatae sunt, lex autem illa, cuius vim explicavi, neque tolli neque abrogari potest. Cic. de leg. II 6.

l) L. 3 D. quib. ad libert. (40, 13).

m) L. 23 pr. D. de lib. causa (40, 12).

n) Puchta Kleine civil. Schriften 1851 S. 214 f.

o) Das erste bekannte S. C., das einen solchen Namen führt, ist das S. C. silanianum, wahrscheinlich unter August.

p) Vgl. Cic. de orat. I 52.

q) Eius decreta rata sunto Cic. de leg. III 3. 12.

r) Außer den oben erwähnten hat noch ein besonderes historisches Interesse das S. C. von 568, wodurch einer Freigelassenen, Fecenia Hispala, verschiedene in das Civilrecht einschlagende Privilegien gegeben wurden Liv. XXXIX 19.

treffen die öffentlichen Verhältnisse. Einige derselben sind abschriftlich,[s]) eines, das S. C. de bacchanalibus von 568, im Original auf einer Bronzetafel überliefert.[t])

C. Auctoritas prudentium.

LXXVI. Schon während der früheren Zeiten eines Volks, wo das Recht noch in dem unmittelbaren Bewußtsein desselben lebt, und von einer wissenschaftlichen Auffassung weder dieses noch eines andern Gegenstands der Erkenntniß die Rede sein kann, werden sich im Volk solche hervorthun, die des Rechts vorzüglich kundig sind, sei es vermöge ihrer außergewöhnlichen geistigen Gaben, sei es vermöge ihrer Stellung, die ihnen einen leichteren Zugang zu diesen Kenntnissen, und, was die Hauptsache ist, eine fortwährende Beschäftigung mit dem Recht und seiner Anwendung gewährt. Diese Rechtskundigen kann man nicht Juristen im eigentlichen Sinn nennen; ihre Kenntniß unterscheidet sich nicht qualitativ, sondern nur quantitativ von der eines jeden Andern.

So müssen wir uns die prudentes, periti, iuris consulti vorstellen, die vom Anfang dieser Periode bis in das siebente Jahrhundert hinein erwähnt, und von dem Juristen Pomponius in L. 2 § 35—39 D. de origine juris (1, 2) nach früheren Quellen zusammengestellt werden.[a]) Pomponius beginnt mit Papirius, welchem man eine Sammlung königlicher Gesetze zuschrieb (§ 37), er nennt dann den Appius Claudius Decemvir, welchem die Tradition die vorzüglichste Rechtskenntniß unter den Urhebern der Zwölf Tafeln beimaß, den Appius Claudius Cäcus (Censor 442 s. § 60), Sempronius mit dem Beinamen Sophos (Consul 450, unter den ersten plebejischen Pontifen 454, Censor 455), Tiberius Coruncanius (den ersten plebejischen Pontifex Maximus am Anfang des sechsten Jahrhunderts), von welchem an in der Thätigkeit der Rechtskundigen eine neue Wendung eintrat, deren unten gedacht werden wird, P. Aelius Pätus (Consul 553, Censor 555), seinen Bruder Sextus mit dem Beinamen Catus (Consul 556, Censor 560), P. Atilius, M. Porcius Cato mit dem Beinamen Cen-

---

s) Z. B. das S. C. von 593, die Vertreibung der Philosophen und Rhetoren aus Rom betreffend, Gell. XV 11.

t) Gefunden 1640 in Calabrien, jetzt zu Wien. Haubold (Spangenberg) monum. legalia p. 5—7. [Der Fundort ist keineswegs zufällig, sondern rührt davon her, daß es auch für die Socii bestimmt war, Zeile 7, wie denn das uns erhaltene Exemplar Z. 1—18 mit einem Rescript (tabelai) des römischen Magistrats an die Teuraner, Zeile 19—30, begleitet ist, in welchem diesen die Bekanntmachung des Senatsschlusses durch einen beifolgend vorgeschriebenen öffentlichen Anschlag zur Pflicht gemacht wird. R.] Ein Facsimile befindet sich in Steph. Endlicher catal. codd. philol. lat. bibl. palat. Vindob. 1836 tab. I [und in den dem Corpus inscriptionum latinarum beigegebenen voluminis primi tabulae lithographae (1862) tab. XVIII. Den kritisch berichtigten Text nebst Erläuterung des Sachlichen giebt Mommsen im C. I. L. I n. 196.]

a) Vgl. wegen der sonstigen Nachrichten über die Genannten Zimmern Gesch. des röm. Privatrechts I § 72—75. [Die von den Aeliern und Catonen handelnden Stellen des Pomponius sind mehrfach verbessert und erläutert von Huschke Zeitschrift XV, 7. I. — Als Quelle des Pomponius versucht Sanio, Varroniana in den Schriften der Römischen Juristen I (1867) § 15 S. 208 f. Varros verlorne Schrift 'libri XV de jure civili' nachzuweisen, welche in dem Verzeichniß der Schriften Varros bei Hieronymus (Ritschl. Rhein. Mus. für Philol. N. F. V S. 481 f.) angeführt wird. Allein die für diese Vermuthung beigebrachten Zeugnisse (§ 4—14) gewähren immer noch keinen sichern Schluß auf die Nichtbenutzung anderweitiger römischer Ueberlieferungen. R.]

sorius (Consul, 559, Censor 570, starb 605), seinen Sohn (starb 600), von dem mehr Schriften, als von dem Vater, existirten, P. Cornelius Scipio Nasica (Consul 563), dem von Staatswegen ein Haus auf der Via sacra gegeben worden ist, um die Ausübung seines Berufs als Rechtskundiger zu erleichtern, einen Quintus Mucius, M'. Manilius (Consul 605), M. Junius Brutus, P. Mucius Scävola (Consul 621, Pontifex Maximus 623), den Vater des Quintus Mucius, welcher nicht mehr in die gegenwärtige Reihe gehört.[b])

Nichts ist gewisser, und nichts wird häufiger übersehen, als daß diesen Männern keine eigentliche Rechtswissenschaft zugeschrieben werden kann, wenn auch in den zuletzt Genannten die Keime derselben schon deutlicher hervortraten. Cicero läßt dieß den L. Licinius Crassus, den Zeitgenossen des Q. Mucius, mit dem die wahre Rechtswissenschaft beginnt, ausdrücklich sagen: jene älteren Rechtskundigen hätten es versäumt, ihr Wissen auf Principien zurückzuführen, und die zerstreuten Sätze in eine systematische Einheit zu bringen.[c])

Aus diesem Irrthum ist ein anderer geflossen. Unsere Rechtshistoriker haben die Reihe der Rechtskundigen durch alle die vervollständigt, von welchen eine Nachricht gegeben wird, daß sie über rechtliche Gegenstände geschrieben haben, so durch Cn. Flavius, dessen Schrift unten erwähnt werden wird, L. Cincius Alimentus (im sechsten Jahrhundert), von dem eine Schrift de officio iurisconsulti angeführt wird,[d]) und auch aus andern Schriften Stellen juristischen Inhalts,[e]) und Andere. Aber die damaligen Römer hätten einen Mann darum allein, daß er Schriften über juristische Dinge schrieb, ebenso wenig unter die Prudentes gerechnet, als umgekehrt ein Jurisconsultus weniger zu ihnen gehörte, weil er kein Schriftsteller war. Das, was jemanden zum Juristen machte, wenn wir uns dieses Worts bedienen wollen, war lediglich die unmittelbar praktische Thätigkeit, die er als einen Theil seines Berufs ergriffen hatte, ich sage, als einen Theil seines Berufs, weil sie durch andere Eigenschaften unterstützt werden mußte, wenn sie Erfolg haben sollte.

Diese praktische Thätigkeit, welche das alleinige Kennzeichen der damaligen Rechtskundigen ist, läßt sich in drei, oder wenn man will, vier Bestandtheile zerlegen, welche Cicero mit den Worten: respondere, cavere, agere und scribere bezeichnet.[f])

Die vornehmste dieser Beschäftigungen, mit welcher jede der übrigen zusammenhing, war das Respondiren, die Ertheilung rechtlicher Gutachten und rechtlichen Raths auf vorgelegte Fragen; von dieser Befragung hatten die Rechtskundigen den Namen iuris consulti. Dieß geschah anfangs bloß für die, welche in einem sonstigen näheren Verhältniß der Freundschaft, Verwandtschaft, Clientel zu dem Rechtskundigen standen, nachher kam es auf, daß man sich für

---

b) Natürlich ist es nur der kleinste Theil der damaligen Prudentes, welchen diese von Pomponius Genannten ausmachen. Bei Valerius Maximus (VIII 7, 4. IX 3, 2) werden noch erwähnt C. Livius Drusus, C. Martius Tigulus; Cicero gedenkt bei nicht Wenigen, die er als Redner aufführt, ihrer Rechtskenntniß, ohne daß sich bestimmen läßt, ob sie eigentliche Prudentes waren.

c) Cic. de orat. I 41 vgl. 58: adhuc artem omnino non esse —.

d) Festus v. nuncupata.

e) Dirksen Bruchstücke aus den Schr. der röm. Juristen S. 34—42.

f) Cic. de orat. I 48 in f. topic. 1. Dort heißt es, im Gegensatz zu den Staatsmännern: sin autem quaereretur, quisnam iurisconsultus vere nominaretur, eum dicerem, qui legum et consuetudinis eius, qua privati in civitate uterentur, et ad respondendum et ad agendum et ad cavendum peritus esset.

jeden Bürger zugänglich machte. Dieß heißt iuris civilis scientiam publice profiteri, und es wird erzählt, daß diese Sitte, durch welche die Rechtskunde als ein eigentlicher öffentlicher Beruf festgestellt wurde, von Tiberius Coruncanius ihren Anfang genommen hatte. Dieser Beruf galt neben der Redekunst als ein Mittel, sich dem Volk zu empfehlen, und den Weg zu den Staatsämtern zu öffnen, wiewohl er selbst schon ein persönliches Ansehen voraussetzte.[g]) Manche verbanden ihn mit dem des Redners, oder behielten sich ihn für die Zeit des Alters vor; er war eine ehrenvolle Ruhe für den in den unmittelbaren Staatsgeschäften Ergrauten. So läßt Cicero den Redner Crassus sagen: senectuti vero celebrandae et ornandae quod honestius potest esse perfugium, quam iuris interpretatio? Equidem mihi hoc subsidium iam inde ab adolescentia comparavi — ad decus atque ornamentum senectutis, ut quum me vires deficere coepissent, ista ab solitudine domum meam vindicarem. Er stellt in dieser Hinsicht Rom Griechenland gegenüber, wo die Geschäfte der Rechtskundigen von Menschen niedrigen Standes um elenden Lohn betrieben würden, die man πραγματικοί nenne, während es in Rom die Vornehmsten und Angesehensten, und nur diese wären. Est enim, fügt er hinzu, domus iurisconsulti totius oraculum civitatis. Testis est huiusce Q. Mucii ianua et vestibulum, quod in eius infirmissima valetudine, affectaque iam aetate, maxima quotidie frequentia civium, ac summorum hominum splendore celebratur.[h]) An einem andern Ort erzählt Cicero ausdrücklich von sich selbst, wie er diesen Beruf im Alter zu ergreifen gedacht habe, nur hält er sich freilich für zu gut, um sich mit dem ius stillicidiorum und parietum, mit den formulae stipulationum und iudiciorum zu beschäftigen.[i]) Ein philosophisches Gesetzbuch, wie es das angeführte Werk liefern soll, meint er, würde seines Geistes allein würdig sein. Ihm ist begegnet, was so Vielen, die sich ihrer Zeit vorangeschritten glauben, begegnet ist, daß ihnen, während sie in einer willkürlichen Richtung vorwärts gehen, die wahren Fortschritte ihres Zeitalters selbst unbekannt bleiben. Die wahre Rechtswissenschaft, die zu seiner Zeit schon begonnen hatte, kannte er nicht, seine Anschauungen von der Rechtskenntniß gehörten einer vergangenen Periode an; so war er, indem er seiner Zeit voranzueilen meinte, hinter ihr zurückgeblieben. Ein um so treueres Bild allerdings geben uns die Notizen, die in seinen Schriften erhalten sind, von jener alten Jurisprudenz, mit der wir es hier noch ausschließlich zu thun haben.

Der vorwissenschaftliche Charakter dieser Jurisprudenz zeigt sich auch darin, daß der Rath, welchen die Prudentes ertheilten, und um den sie angegangen wurden, sich nicht auf die rein rechtliche Seite der Verhältnisse beschränkte: ad quos olim et ita (in foro) ambulantes et in solio sedentes domi sic adibatur, non solum ut de iure civili ad eos, verum etiam de filia collocanda, de fundo emendo, de agro colendo, de omni denique aut officio aut negotio

---

g) C. Figulus (Val. Max. IX 3, 2) erwartete von dem Volk als Lohn für seine Gutachten das Consulat. Als er sich darin getäuscht sah, cum ad eum postero comitiorum die multi consulendi causa venissent, dimisit omnes, praefatus: an vos consulere scitis, consulem facere nescitis?

h) Cic. de orat. I 45. [Der Geldpunkt ist für die römische Jurisprudenz erheblicher, als es nach der Aeußerlichkeit der Remuneration scheinen könnte. Auf der Ausschließung der Honorarforderungen beruhte die sittliche Reinheit und der Adel des Berufs, mit dem Lohn stellte sich die Versuchung ein, den Streit zu verlängern und das Recht selbst zu verfälschen. Daher der Verfall der Advocatur in den beiden folgenden Perioden, während das Lehramt und der Rechtsbeistand der Senatoren als Ehrenämter der Erniedrigung Widerstand leisten. R.]

i) Cic. de legib. I 3. 4.

referretur. Es war ein Verhältniß zwischen den Rechtskundigen und den Bürgern, wie wir es in unseren Tagen noch (soweit es nicht durch die übermäßige Belastung der Beamten mit unnützen oder incompatiblen Geschäften, oder durch das System des Mißtrauens, das von oben gehegt von unten Wurzeln schlägt, zerstört ist) zwischen Unterrichtern und ihren Amtsangehörigen finden, deren natürlicher Sinn in dem Richter einen väterlichen Berather sucht.

Der rechtliche Rath, den der Rechtskundige gab, konnte einen bestimmten Rechtssatz und seine Anwendung in einem Rechtsstreit betreffen. Hier war es die Autorität des Juristen, durch welche die Partei auf den Richter wirken, diesen von ihrem Recht, von der Existenz des Rechtssatzes, auf den sie es gründete, überzeugen wollte. Der Rechtskundige erschien selbst mit ihr vor Gericht, die Responsa wurden mündlich abgegeben. Welche Autorität hatten nun diese Gutachten für den Richter? Er war nicht durch eine äußere Vorschrift verpflichtet, von den Responsa sich bestimmen zu lassen, sie hatten nur eine moralische Kraft, welche abhing von dem Ansehen des Rechtskundigen in der öffentlichen Meinung, von der Gewissenhaftigkeit des Richters, und von dem Bedenken, das er finden mußte, von der Ansicht eines angesehenen Rechtskundigen ohne Grund abzuweichen. Dabei konnte es nicht fehlen, daß mit der Zeit unter mitlebenden Rechtskundigen abweichende Ansichten zum Vorschein kamen, daß entgegengesetzte Responsa gegeben wurden, welche ihre Urheber gegen einander vertraten.[k]) Darauf bezieht sich die disputatio fori, die in einer corrupten Stelle des Pomponius vorkommt.[l]) In den Controversen liegt der erste Keim der Wissenschaft; die äußeren Erkenntnißmittel des Rechts reichen nicht aus, den wahren Rechtssatz in diesem Fall zu finden, es entsteht das Bedürfniß innerer Gründe, durch welche allein ein solcher Streit wirklich sich entscheiden läßt, und diese Erkenntniß des Rechts aus inneren Gründen ist es, welche durch die wissenschaftliche Auffassung möglich wird.[m])

Diese Thätigkeit der Rechtskundigen war nicht die einzige, ja sie war sogar nicht die hauptsächlichste, so lange die Rechtskunde noch ihren ältesten Charakter rein festhielt, erst in den späteren Zeiten, als sich der Uebergang zur Rechtswissenschaft vorbereitete, begann sie an die Spitze des gesammten juristischen Berufs zu treten. Der rechtliche Rath betraf auch, und anfangs fast ausschließlich, die Art und Weise, wie ein Recht zweckmäßig geltend gemacht, ein Rechtsgeschäft vorsichtig und mit den nöthigen Sicherungsmitteln, um sich vor Schaden zu hüten, abgeschlossen werden sollte. Dieß bedeutete der Ausdruck cavere. Endlich nahmen die Rechtskundigen wohl an der Ausführung ihres Raths Theil, indem sie bei der Abschließung des Geschäfts oder der Führung des Processes

---

k) Cicero erwähnt ein mannigfaltiges ius controversum pro Mur. 13. de orat. I 38: iudicia privata — in quibus saepe non de facto, sed de aequitate ac iure certetur. Einzelne Beispiele: de orat. I 38—41. 56. 57. Brut. 52. top. 8—10 u. s. w.

l) L. 2 § 5 D. de orig. iur. (1, 2). Die disputatio fori ist einer der Gegenstände, über welche unsere Rechtshistoriker höchst seltsame und anachronistische Meinungen aufgestellt haben, z. B. die Juristen hätten Versammlungen gehalten (etwa wie die Conferenzen der französischen Advocaten unter ihren Bâtonniers), um durch Discussionen über eine Controverse übereinzukommen, oder sie auch wohl durch Stimmenmehrheit zu entscheiden. — Was Pomponius disputatio fori, das nennt Cicero (top. 14. 19) vestras (ICtorum) in respondendo disputationes, wofür er dem Trebatius in der Topik eine dialectische Hülfe zu geben unternimmt.

m) Ein Beispiel giebt die Meinung des Brutus und Manilius, der Usucapient eines Grundstücks habe auch den darin verborgenen Schatz usucapirt, über die man nur durch wissenschaftliche Behandlung des Rechts hinauskommen konnte (L. 3 § 3 D. de adqu. poss. 41, 2), ferner die Controverse zwischen P. Scävola, Manilius und Brutus, ob der partus ancillae zu den Früchten gehöre (Cic. de fin. I 4. L. 68 pr. D. de usufr. 7, 1).

thätig waren; zu diesem agere, wie es genannt ward, gehörte namentlich die Unterstützung der Redner, der patroni causarum, welche die Sache der Partei vor Gericht vertheidigten, und denen die rechtlichen Gründe, deren sie selbst gewöhnlich nicht vollkommen mächtig waren, von Rechtskundigen mitgetheilt wurden. Auch die schriftliche Abfassung der Rechtsgeschäfte pflegten sie durch ihre Schreiber zu besorgen, darauf bezieht sich das Wort scribere, als Bezeichnung eines Zweigs der juristischen Geschäfte.

Aber nicht bloß von den Parteien, auch von den Magistraten und Richtern wurden die Rechtskundigen consultirt. Rechtskunde war kein Requisit für das Amt einer mit der Rechtspflege bekleideten Behörde und für die Function eines Judex. Aber diese Personen hatten ihr Consilium, kein Magistrat namentlich pflegte ohne den Beirath von Freunden, die ihn mit ihrer Sachkenntniß unterstützten, und deren Autorität er dann auch für seine Verfügungen anzuführen vermochte, sein Amt zu verwalten.

LXXVII. Fragen wir nach den Bedingungen dieser gesammten Thätigkeit der Rechtskundigen, so ist vor allem zu erinnern, daß wir von einer Zeit sprechen, wo die Pontifices aufgehört hatten, die iuris conditores zu sein. Erst von da an giebt die Rechtskunde selbst einen besonderen Beruf, und eine eigenthümliche Stellung in dem öffentlichen Leben. Aber wenn auch jene Ausübung der Rechtskunde seitdem kein besonderes Amt voraussetzte, von dem sie abhängig war, so war sie doch keineswegs schon völlig selbständig geworden, so daß sie ihre Voraussetzungen lediglich in sich selbst getragen, und allein das Maß der Kenntnisse die Stellung des Juristen bestimmt hätte. Vielmehr würde Niemand sich haben Rechnung machen können, jenen Functionen gewachsen zu sein, der nicht zur Rechtskunde selbst persönliches Ansehen, sei es durch seine Geburt, seine Verbindungen, seine in andern Zweigen des öffentlichen Lebens erworbenen Verdienste, hinzubrachte.

Was nun die Kenntnisse der Prudentes anlangt, so betrafen diese theils die Rechtssätze selbst, theils ihre Anwendung. In jener Beziehung hatten sie im allgemeinen nur eine umfassendere, vollständigere, und jederzeit bereite Kenntniß vor andern Bürgern voraus. Die alte Fabel von dem Geheimniß, in welchem zuerst die Pontifices, dann die Patricier, dann die Juristen das Recht gehalten, und dem Volk wie in einem versiegelten Buch verschlossen hätten, ist im Angesicht der Volkssitte, in der das Recht lebte und webte, der geschriebenen Gesetze, die öffentlich ausgestellt waren, endlich der allervollkommensten Oeffentlichkeit der Gerichte, in ihrer allgemeinen Fassung so absurd, daß sie keine ernsthafte Widerlegung verdient. Jeder konnte das Recht (wir sehen ab von dem, was sich auf die Anwendung bezieht) kennen, und in einem gewissen Grad war jeder verständige Römer damit bekannt, jene Prudentes waren dieser Kunde nur in einem höheren Grad, vermöge ihrer fortwährenden Beschäftigung damit, mächtig. Allmählich aber, wie das Recht mannigfaltiger, und mit den Sitten selbst künstlicher ward, wurde es für den gemeinen Bürger immer schwieriger, auch nur das Maß von Rechtskenntniß zu besitzen, welches ihm für seine eigenen Verhältnisse in allen Fällen ausreichen konnte.

Etwas anderes ist die Anwendung des Rechts. Die Geschicklichkeit der wirklichen Anwendung ist zu allen Zeiten nicht jedermanns Sache, sie setzt theils ein besonderes Talent, theils eine Erlernung durch Uebung voraus. Es mag jemand das Recht selbst vollständig kennen, und doch in Verlegenheit kommen, ja auf das Ungeschickteste sich anstellen, wenn es sich darum handelt,

von dieser Kenntniß den wirksamen, lebendigen Gebrauch zu machen. Diese Geschicklichkeit nun war es vornehmlich, wodurch die Rechtskundigen sich vor andern Bürgern auszeichneten, und durch die sie sich auch dem unentbehrlich machen konnten, der vielleicht in der Kenntniß der Rechtssätze selbst ihnen nicht nachstand. Zu diesem allgemeinen Grund, der überall der Rechtskunde die Gestalt eines besonderen Berufs giebt, kam aber noch ein eigenthümlicher Umstand hinzu, welcher bei den Römern jene exclusive Stellung und Tüchtigkeit gewisser Personen für die Rechtsanwendung beförderte. Dieser ist es zugleich, auf den sich die alten Erzählungen von der Ausschließlichkeit der Rechtskenntniß, und die Vorwürfe der mysteriösen Dunkelheit beziehen, mit denen Cicero in der Rede pro Murena das Volk belustigte. Zur Anwendung des Rechts gehörten nämlich in alter Zeit gewisse besondere Kenntnisse, die nicht jedermann offen standen, die Kenntniß des ius sacrum, unter dessen Regeln, wie die Staatshandlungen, so auch die gerichtlichen Acte, und ursprünglich auch die Privatrechtsgeschäfte standen. Dieß galt am vollständigsten zu der Zeit, als die ganze Rechtsanwendung bei den Pontifen war. Sehr gemindert hatte sich dieser Einfluß des ius sacrum schon am Anfang der gegenwärtigen Periode; nur wenige Theile des Privatrechts waren noch unter der Herrschaft des heiligen Rechts geblieben, und bei dem gerichtlichen Verfahren gehörte dahin besonders die religiöse Bedeutung der Zeit, die Beschaffenheit der Tage, wie sie in den Fasten bestimmt war, und von der die Statthaftigkeit der Verhandlungen abhing. So lange die Patricier im ausschließlichen Besitz der Würden waren, war auch nur ihnen die Kenntniß des ius sacrum, und damit auch der Beruf eines Rechtskundigen zugänglich. Dieß änderte sich mit dem fünften Jahrhundert. Zugleich begann damit eine stets sich vergrößernde Selbständigkeit des Civilrechts gegenüber dem ius sacrum, wie denn Cicero schon Crassus sagen läßt, daß fast niemand mehr das ius pontificium lerne.[a]) Den Rechtskundigen kann so wenig eine Hinneigung zu dem Festhalten jener verborgenen Theile des Rechts zugeschrieben werden, daß ihnen vielmehr das Streben nach seiner Säcularisation innewohnte, wie denn auch die Stellung überhaupt, welche sie gegenüber den älteren Zuständen einnahmen, eine Reaction gegen das rein patricische Element im Staat war. Ein zweiter Gegenstand, welcher besonders erlernt werden mußte, sind die solennen Formeln, welche die Begleiter eines jeden Acts des Ius civile, und so auch der gerichtlichen Geltendmachung der Rechte waren, und von deren genauer Beobachtung und richtiger Anwendung die Gültigkeit und der Erfolg der rechtlichen Handlungen abhing. Diese Formeln, welche theils in solennen gesprochenen Worten, theils in andern Handlungen bestanden, waren für Rechtsgeschäfte und Klagen durch das Herkommen begründet, durch Gesetze bestätigt, durch die Rechtskundigen festgestellt und in ihrer Anwendung auf die verschiedenen Fälle geordnet. In der späteren Zeit, als das Rechtsbewußtsein des Volks eine allgemeinere Richtung zu nehmen begonnen hatte, mochte ein Theil derselben wie ein zu eng gewordenes Kleid unleidlich scheinen, mancher mochte sie, weil er entweder ihren Zusammenhang mit früheren Zuständen nicht einsah, oder ihre fortdauernde Bedeutung, so weit ihnen eine solche noch zukam, nicht kannte oder kennen wollte, für eine willkürliche Erfindung ausgeben, und die Rechtskundigen dafür verantwortlich machen. So sprach Cicero im Sinne manches Zeitgenossen, obwohl es nicht seine eigene Meinung war, wenn er sagte: die Juristen hätten, um sich unentbehrlich zu

a) Cic. de orat. III 33.

machen, die gerichtlichen Verhandlungen in gewisse barocke und inepte Formeln gebracht, welche der einfache Sinn des Bürgers nicht gekannt, und von ihnen erst sich habe souffliren lassen müssen.[b])

Wer nun entweder wegen Mangels an Einsicht, oder absichtlich für besondere Zwecke den Beruf der Rechtskundigen in dieser Weise auffaßte, und ihn als eine Scheidewand zwischen dem Volk und seinem Recht darstellte, wenig (wie es bei solchen Parteiansichten zu geschehen pflegt) darum bekümmert, daß er damit dem Volk selbst, welches durch solche grobe Künste sich hätte aus seinem Besitz verdrängen lassen, einen beträchtlichen Grad von Stupidität vorwarf, — dem bot sich eine historische Notiz dar, die er auf mannigfache Art für jenen Zweck gebrauchen konnte. Jenes Haupt der Factio Forensis, Cn. Flavius, dessen oben gedacht worden ist, hatte als Aedilis curulis die Fasten öffentlich ausgestellt, was von keinem Magistrat vor ihm geschehen war, d. h. er hatte die Tage für das ganze Jahr bekannt gemacht, an welchen gerichtliche, sonstige öffentliche Handlungen, und an welchen sie nicht vorgenommen werden konnten. Dieß mochte allerdings in demselben Sinn geschehen sein, wie andere seiner Handlungen, mit denen Livius es zusammenstellt, und durch die der Emporkömmling gegen die von den vornehmen Familien ihm bewiesene Verachtung sich in Vortheil zu setzen suchte. Die verletzte Eitelkeit trieb ihn an, durch nützliche Einrichtungen zu beweisen, es sei keine hohe Geburt nöthig, um dem Gemeinwesen erhebliche Dienste zu leisten, nebenher verschaffte er sich die Genugthuung, seine stolzen Gegner durch die Popularität von Verbesserungen, auf die sie erst von ihm hätten geführt werden müssen, zu kränken. In demselben Geist unterzog er sich der Zusammenstellung der Klag- und Geschäftsformeln, die zu kennen jedem Geschäftsmann nothwendig, und die in einem kurzen Handbuch bequem beisammenzuhaben ein entschiedener Vortheil war; er erwies damit den Rechtskundigen einen Dienst, den sie von einem Standesgenossen mit großem Lobe aufgenommen hätten, welchen aber dem verachteten Gegner verdanken zu müssen, höchst verdrießlich war.[c]) Das Werk als eine populäre Schrift anzusehen, wodurch die Beiziehung eines Rechtskundigen entbehrlich gemacht werden möchte, fiel keinem ein; wäre dieß die Absicht des Flavius gewesen, so würde er sich einer grundlosen Einbildung hingegeben haben; für die Rechtskundigen würde so wenig ein Nachtheil entstanden sein, als die juristischen Geschäftsmänner von heute in ihrem Beruf durch juristische Bücher für das Volk sich beeinträchtigt fühlen. Solche Schriften haben gewöhnlich nur den Erfolg, jene halbe Kenntniß zu befördern, die eine fruchtbare Mutter von Rechtshändeln ist, und die Praxis der Juristen, deren Mitwirkung sie nicht entbehrlich macht, vergrößert.

Alles dieses brauchte Cicero nicht zu berücksichtigen, als er im Interesse eines Clienten die Rechtskunde herabzusetzen für gut, und die Geschichte von Cn. Flavius dazu tauglich fand,[d]) Notizensammler mochten die Sache auf die-

b) Cic. pro Murena 11. 12.

c) Vgl. Liv. IX 46. Macrob. saturn. I 15. Nach Cic. ad Att. VI 1 hat man angenommen, Atticus habe die Thatsache der Aufstellung der Fasten geleugnet, wahrscheinlicher ist, daß er theils einen chronologischen Mißgriff Cicero's, theils dessen Auffassung der Sache gerügt hatte; Cicero hat die nicht ungewöhnliche Vertheidigungsweise gewählt, von dem eigentlichen Inhalt des Vorwurfs abzulenken. — Plinius (hist. nat. XXXIII 6) erzählt, auf Anrathen des Appius habe Flavius als Schreiber sich die Kenntniß der Fasten durch kluges Aufmerken verschafft. Pomponius (L. 2 § 7 de orig. iur.) glaubt, Appius sei eigentlich der Verfasser des Formelbuchs gewesen, Flavius habe es gestohlen, und unter seinem Namen ins Volk gebracht.

d) Cic. pro Mur. 11.

selbe Weise auffassen, und nach Belieben ausschmücken, nicht zu entschuldigen aber wäre es, wenn heutige Historiker es als baare Münze annähmen, was Cicero später selbst als apud imperitos dictum entschuldigt:[e] inventus est scriba quidam, Cn. Flavius, qui cornicum oculos confixerit, et singulis diebus ediscendos fastos populo proposuerit, et ab ipsis cautis iurisconsultis eorum sapientiam compilarit, und: etiam si quid apud maiores nostros fuit in isto studio admirationis, id enuntiatis vestris mysteriis totum est contemptum et abiectum.[f]

Die Kenntnisse, welche die Rechtskunde eigentlich ausmachten, verschaffte man sich auf dem unmittelbar praktischen Weg durch zuhörende, mit der Zeit auch wohl thätige Theilnahme an den Geschäften eines angesehenen Rechtskundigen. Daher hießen die Lernenden auditores. Von einem Schulunterricht war nicht die Rede. Dagegen waren die Bücher zu lesen, welche man über das Fach hatte, und die, wie zur Unterstützung der ausübenden Juristen, so auch zur Vorbereitung für die Geschäfte dienten. Das erste juristische Buch, welches, abgesehen von dem früher erwähnten apokryphischen ius civile papirianum, angeführt wird, ist jenes Werk über die Actiones von Cn. Flavius, das ius civile flavianum, wie es später genannt wurde. Es war ohne Zweifel nichts als eine Formulariensammlung, und enthielt eben darum das, was in jener alten Zeit als Gegenstand eigentlicher Erlernung hauptsächlich galt. Auch dem Appius, dessen Schreiber Flavius früher gewesen, wird eine Schrift über die Actiones zugeschrieben, namentlich über die Handlungen, welche unter dem Ausdruck usurpatio zusammengefaßt wurden.[g] Schon die späteren römischen Juristen kannten diese Bücher nur aus der Tradition, dagegen besaß man noch zu Pomponius' Zeit ein hundert Jahre nachher verfaßtes Werk des S. Aelius, das ius aelianum, über dessen Inhalt folgendes mitgetheilt wird.[h] Es bestand aus drei Theilen, und wurde daher auch tripertita genannt: dem Gesetz der Zwölf Tafeln, der Interpretatio, den legis actiones.[i]. So ist also hier zu der Verzeichnung der Klag- und Geschäftsformeln schon eine Darstellung des materiellen Rechts: des Inhalts der Zwölf Tafeln, als der Grundlage des gesammten Rechts, und des an sie sich anschließenden späteren Rechts hinzugekommen. Dieß deutet auf einen Fortschritt in dem Beruf der Rechtskundigen; je mehr dieser über die bloße Form hinausging, je mehr die Juristen ihre Thätigkeit überhaupt und ihre Gutachten insbesondere auf den Inhalt des Rechts selbst erstreckten, desto wichtiger, veredelter, angesehener ward ihr Beruf, desto mehr verlor er den Schein des Handwerksmäßigen. In den Schriften der Rechtskundigen nach S. Aelius trat dieser Fortschritt immer mehr hervor, Pomponius und Cicero erwähnten Schriften der Catonen, und der drei oben zuletzt genannten: P. Mucius, Brutus, Manilius, die zum Theil noch zu Pomponius' Zeit vorhanden waren. Die Form derselben gab der praktische Beruf selbst an die Hand, sie waren zum Theil Sammlungen von Gutachten,

---

e) Cic. de finib. IV 27.

f) pro Mur. 11. Vgl. Hugo Geschichte des R. R. S. 445 ff.

g) Pompon. L. 2 § 36 D. de orig. iur. (1, 2).

h) L. 2 cit. § 7. 37. [Huschke Zeitschrift für geschichtliche Rechtswiss. XV Num. 7. S. 177 f.]

i) [Die Legis Actiones im Jus Aelianum umfaßten aber nur diejenigen genera agendi, welche im ius civile flavianum, das die Actiones für die Zwölf Tafeln enthielt, fehlten, also die Actionen aus späteren Gesetzen, vgl. z. B. Gaius IV § 19. 22. 23. L. un. D. de condict. ex lege 13, 2. R.]

an denen Cicero tadelt, daß sie eine zu ausführliche, breite, und die Benutzung erschwerende Erzählung der besonderen Umstände des Falls enthalten hätten;[k]) dieß lassen auch die Anfangsworte, die er aus Büchern des Brutus mittheilt, errathen.[l]) Zum Theil waren sie Anweisungen zu juristischen Handlungen, in denen sowohl die Rechtssätze, von deren Berücksichtigung die wirksame Vornahme derselben abhing, als die Formeln, deren man sich zu bedienen hatte, mitgetheilt wurden. Von dieser Art ist die Anweisung des Manilius über den Kaufcontract.[m]) Unter den interpretes duodecim tabularum, welche mehrfach erwähnt werden,[n]) sind nicht durchaus Juristen zu verstehen, da sich auch Alterthumsforscher diese Aufgabe stellten, und wenn sie Juristen waren, hatte ein solcher Commentar nicht immer einen juristischen Charakter. Juristisch war die erwähnte Interpretatio des Aelius, darum aber eben nicht bloß ein exegetischer Commentar, wiewohl auch diese Seite der Interpretatio, die Erklärung der Ausprüche des Gesetzes nicht ausgeschlossen war.[o])

Einzelne Sätze aus diesen Schriften werden von späteren Autoren theils wörtlich, theils dem Sinne nach citirt;[p]) wahrscheinlich ist ein großer Theil der juristischen Reminiscenzen, von denen viele Schriften Cicero's voll sind, aus jener Literatur genommen, in welcher er sehr belesen war;[q]) der juristische Inhalt der Topika namentlich ist als eine Compilation aus jenen und den Werken von Zeitgenossen zu betrachten. Alle diese Ueberlieferungen sind übrigens von der Beschaffenheit, daß eine genügende Einsicht in die Methode der alten Prudentes aus ihnen nicht gewonnen werden kann. Diese müssen wir vielmehr aus den allgemeinen Nachrichten über sie, ihre Thätigkeit und ihr Zeitalter schöpfen. Bezeichnend ist eine Stelle bei Cicero, wo er Crassus sagen läßt, die Vernachlässigung der Rechtskenntniß durch die Redner lasse sich nicht mit der Schwierigkeit der Sache entschuldigen, denn obgleich noch nicht auf wissenschaftliche Principien zurückgeführt, sei doch nichts leichter und einfacher, als die Kenntniß des Rechts, so daß man täglich Männer zu sehen Gelegenheit habe, die sich darin auszeichneten, ohne irgend eine allgemeinere Bildung zu besitzen. Omnia sunt enim posita ante oculos, collocata in usu quotidiano, in congressione hominum atque in foro, neque ita multis literis aut voluminibus continentur. Eadem enim sunt elata primum a pluribus, deinde paucis verbis commutatis etiam ab iisdem scriptoribus scripta sunt saepius.[r]) In der Rede für den Murena sagt Cicero, die Jurisprudenz sei eine so geringe Sache, daß, wenn man ihn herausfordere, er, ein mit Geschäften überhäufter Mann, in drei Tagen sich zum Juristen machen wolle. Dieses war keine allzugroße Uebertreibung, wenn Cicero die älteren Zustände im Auge hatte, wie es in jener Rede sein Interesse war, und wie es auch abgesehen davon sich bei

---

k) Cic. de orat. II 33.

l) »Forte evenit, ut in Privernati essemus«, »In Albano eramus ego et M. filius, »In Tiburti forte assedimus ego et M. filius« Cic. de orat. II 55.

m) Manilianae venalium vendendorum leges Cic. de orat. I 58. Manilii actiones Varro de R. R. II 5. So scheinen die hostilianae actiones (Cic. de orat. I 57) Anweisungen zur Errichtung von Testamenten enthalten zu haben.

n) Z. B. Varro de L. L. V 22. Festus v. ricinium.

o) Cic. de legib. II 23. Cicero erwähnt hier außer S. Aelius noch: L. Acilius und L. Aelius (oder Lälius).

p) Gesammelt in Dirksen Bruchstücke aus den Schriften der röm. Juristen 1814. S. 33—46. [und Huschke Iurisprudentiae anteiustinianae quae supersunt.]

q) Dieß ergiebt sich unter andern aus einem Brief an Trebatius, ad fam. VI 22.

r) Cic. de orat. I 43.

ihm erwarten läßt, der die neue Richtung, welche die Jurisprudenz zu seiner Zeit genommen hatte, keineswegs verstand.

LXXVIII. Es ist nun noch von dem Einfluß der alten Rechtskundigen auf das Recht selbst zu sprechen. Diesen Einfluß drückt das Wort interpretatio aus. Wir pflegen uns unter Interpretation die Thätigkeit zu denken, welche darauf gerichtet ist, den Sinn eines Rechtssatzes, namentlich eines geschriebenen, festzustellen, die Ermittelung des Willens seines Urhebers, also bei Gesetzen die Erforschung dessen, was der Gesetzgeber sich gedacht hat. Die Interpretatio aber, welche den römischen Rechtskundigen zugeschrieben wird, hatte nicht diesen ausschließlich receptiven Charakter. Es liegt darin vielmehr die Aufgabe, das übrige, ungeschriebene, Recht dem geschriebenen anzufügen, dieses aus jenem zu ergänzen. Als „Unterhändler" zwischen dem Buchstaben des Gesetzes und dem wirklichen Leben hatten sie nicht bei dem wörtlichen Inhalt desselben, und dem ursprünglichen Willen des Gesetzgebers stehen zu bleiben, sondern ihn den Bedürfnissen des Lebens, den fortgeschrittenen Zuständen anzupassen, und so seine Anwendung zu vermitteln. Die Schranke der Interpretation bildet nicht das Wort, und was der Gesetzgeber damals schon wirklich im Auge hatte, wohl aber der Geist des Gesetzes; was nur wenigstens als eine Entfaltung dieses Geistes, als potentieller, keimartiger Inhalt des Gesetzes anzusehen war, das fiel noch unter den Begriff seiner Interpretatio.

In diesem Sinn ist der Einfluß der Prudentes auf das Recht als interpretatio legis XII tabularum zu bezeichnen, und insofern hielten sie sich bei der Auffassung des Rechts streng an dieses Gesetz. Dieß war schon durch die älteste Form des gerichtlichen Verfahrens geboten, wonach dieses mit legis actiones zu eröffnen war, Handlungen, in welchen der Anspruch des Klägers mit Gesetzesworten ausgedrückt werden mußte.[a]) Wenn z. B. die Zwölf Tafeln eine Klage wegen widerrechtlich abgehauener Bäume gaben, so war kein Zweifel, daß unter die arbores, von denen das Gesetz sprach, auch die Weinstöcke gehörten, aber der wurde nicht gehört oder verlor seinen Proceß, der in der legis actio die vites, die ihm wirklich abgeschnitten worden waren, statt der arbores genannt hätte, da jener kein Gesetz namentlich gedachte. Entstand daher neues Recht, so war das Geschäft der Juristen, die Stelle des Gesetzes zu bestimmen, an welche jenes sich anschließen, die bei der Klage sich nennen ließ, und als deren interpretatio somit das neue Recht erschien. So hatten die Zwölf Tafeln eine Klage gegen den Eigenthümer eines vierfüßigen Thieres gegeben, durch welches ein Schaden angerichtet worden war. Als nun Fälle vorkamen, wo zweifüßige Thiere einen Schaden in derselben Weise, wie das Gesetz ihn voraussetzte, verursacht hatten, war es nicht zweifelhaft, daß auch eine Klage zustehen müsse, es wurde aber aus demselben Gesetz der Zwölf Tafeln geklagt, und so das neue Recht an das bestehende angeschlossen.[b])

Dieses Verfahren wurde durch die Unveränderlichkeit der Legis Actiones und die Nothwendigkeit von Gesetzesworten unterstützt, doch war dieß nur die äußere Veranlassung. Das Bestreben, das neuentstehende Recht an das alte anzuknüpfen, finden wir bei den Römern in einem viel weiteren Umfang, es hat vorzugsweise dazu beigetragen, dem Recht unter steter Fortbildung Sicherheit und Gewißheit zu erhalten. So ist es denn auch nicht die Anschließung

---

a) Gai. IV 11: — ipsarum legum verbis accommodatae erant.

b) Für diese Erweiterung einer Klage hatte man später den Ausdruck: utilis actio.

an das bestehende Recht überhaupt, welches die Richtung der Prudentes dieser Zeit charakterisirt, denn dieselbe Erscheinung kommt, wie wir sehen werden, auch in andern Sphären und in späteren Zeiten vor, sondern das Festhalten an dem ius civile, seiner Grundlage und seinen Principien, auch gegenüber den Einflüssen anderer Elemente, welche damals schon sich zu zeigen begonnen hatten. Daraus erklärt sich der Sprachgebrauch, nach welchem mit dem Ausdruck ius civile gerade das Recht bezeichnet wird, dessen Organ die Rechtskundigen waren.[c]) Die legis actiones selbst haben durch sie ihre Ausbildung im einzelnen, und ihre Fassung bekommen. So kann man nicht sagen, daß sie an dem Buchstaben des geschriebenen Ius civile in dem Sinne festhielten, daß sie nichts außer demselben hätten gelten lassen; nicht weniges fügten sie hinzu, und Cicero macht es ihnen selbst zum Vorwurf, daß sie manche neue Erfindungen gemacht hätten. Eine Tutel hätten sie ausgedacht für Weiber, zu keinem andern Zweck, als um diese von der heilsamen Gewalt ihrer gesetzlichen Tutoren zu befreien, und so ihrer Ungebundenheit Vorschub zu leisten, Mittel wären von ihnen an die Hand gegeben worden, sich von den Sacra loszumachen, und so diese, auf deren Erhaltung die Vorfahren so sehr bedacht gewesen, zu zerstören.[d]) Aber die Formen des Ius civile hielten sie fest, seine eigenthümliche Natur suchten sie gegen den Andrang des nach Entfesselung von ihr strebenden Bewußtseins zu schirmen. Darum ist die Aeußerung Cicero's so bedeutend, die Juristen seiner Zeit wendeten sich dem prätorischen Edict zu, während die früheren sich an die Zwölf Tafeln gehalten hätten.[e]) Der Umschwung, der eine wahre Rechtswissenschaft erzeugte, hatte damals begonnen, und mit ihm war eine unbefangenere Stellung der Juristen zu den beiden Seiten des römischen Rechts, dem Ius civile und dem Ius Gentium, eingetreten.

Das Verhältniß der alten Prudentes zu dem Recht anschaulicher zu machen, kann eine uns näher stehende analoge Erscheinung dienen. Eine ähnliche Stellung nahmen die Romanisten des sechzehnten und siebzehnten Jahrhunderts zu dem in Deutschland geltenden Recht ein. Das römische Recht war ihnen die Richtschnur, die sie an den gesammten Rechtszustand legten, auf sein Wort und seine Form führten sie alle rechtlichen Erscheinungen zurück. Sie ignorirten keineswegs die einheimischen Zustände, und die Macht des gegenwärtigen Rechtsbewußtseins, durch welches vielerlei Abweichungen von dem reinen römischen Recht hervorgetrieben wurden. Sie konnten sie nicht ignoriren, denn ihre Richtung war durch und durch eine praktische. Aber sie suchten, zum Theil nach dem Vorgang des Mittelalters, für jedes moderne Rechtsinstitut die Stelle der römischen Gesetzbücher auf, an welche es sich anfügen, in die es sich hineinlegen, als deren Interpretatio es sich betrachten ließ. So wurde von ihnen die Leibeigenschaft und das Dienstbotenverhältniß unter die Rubrik der Sclaverei, die Reallasten unter die der Servituten gebracht, die Rechtsverhältnisse an Bauerngütern als Emphyteusis aufgefaßt, und um nur noch eines anzuführen, worin die Analogie mit dem Verfahren der römischen Prudentes recht deutlich hervortritt, die dem römischen Recht fremde Befugniß, jemanden zu einer Klage aufzufordern, legten sie in zwei Stellen des justinianischen Gesetzbuchs, auf die man sich vor den Gerichten berief, und die jenen Provocationen ad agendum sogar den Namen geben mußten.

---

c) Pompon. L. 2 § 6. 8. 12 D. de orig. iur. (1, 2): — proprium ius civile, quod sine scripto in sola prudentium interpretatione consistit.

d) Cic. pro Murena 12. e) Cic. de leg. I 5.

D. Edicta magistratuum.

LXXIX. Der politische Verstand der Römer zeigt sich nirgends glänzender, als in dem Grad der Gewalt, welche sie den Magistraten zuerkannten. Sie wußten, daß mit einer ängstlichen Beschränkung derselben die Wohlfahrt des Staats weder im Innern noch nach Außen sich vertragen würde; daß sie dieser Gewalt die möglichste Stärke gaben, das hat vornehmlich ihrem Staat die innere Ordnung lange, auch in ungünstigen Verhältnissen, erhalten, es hat das stetige Fortschreiten der Verfassung und des Rechts nach den Bedürfnissen der Zeit, ohne ein fortwährendes Revolutioniren der Gesetzgebung, befördert, und auswärtiges Ansehen und Macht verliehen. Die bürgerliche Freiheit, achteten sie, müsse nicht auf Kosten eines energischen Regiments gewahrt werden, das vielmehr eine Bedingung der Existenz des Staats, des gesammten öffentlichen Lebens, und somit auch jener Freiheit selbst ist. Der Gefahr, welche dieser durch die Gewalt der Regierenden entstehen konnte, suchten sie durch andere Mittel zu begegnen, die jedem Magistrat die nöthige Beherrschung seines Wirkungskreises ließen.

Ein solches Mittel war die Beschränkung der magistratischen Gewalt auf eine gewisse Zeit, nach deren Ablauf dem Senat Rechenschaft abgelegt werden mußte, und eine Anklage wegen Mißbrauchs stattfand, ferner das Bestehen mehrerer Magistrate für dasselbe Amt neben einander, von denen jeder durch seinen Einspruch nachtheilige Handlungen des Collegen hemmen konnte, endlich überhaupt die Vertheilung der Regierung unter mehrere Magistrate mit verschiedenen Functionen, die auf der einen Seite einander nicht subordinirt waren, jeder vielmehr in seiner Sphäre gebietend, und dabei zugleich die aus der Macht und der Untauglichkeit eines einzelnen für das gesammte Regiment entstehende Gefahr mindernd, auf der andern Seite aber ungleicher Macht, so daß die Magistrate mit höherer Gewalt, zu denen man erst durch die Bekleidung der niederen gelangte,[a]) im Stand waren, Mißgriffe oder Attentate der niederen zu verhüten oder unschädlich zu machen.[b])

Die ganze Verfassung und Verwaltung des Staats war mit religiösen Einrichtungen und Elementen durchzogen; auch dieß diente, indem es der Gewalt der Magistrate eine feste Begründung und einen heiligen Charakter zu geben schien, als eine Schranke. Jeder Magistrat sollte sein Amt nach dem Willen der Götter verwalten, diesen zu erkennen, war ihm die Macht gegeben durch das Recht der Auspicien.*) Auspicien sind gewisse Naturerscheinungen, insofern sie als Offenbarungen des göttlichen Willens aufgefaßt und erkannt

---

a) Auf diesen Punkt, wie ohne Zweifel noch auf andere, bezog sich Sulla's Gesetz über die Magistrate Appian. bell. civ. I 100. 101. Wahrscheinlich ist nur ein Abschnitt dieser Lex Cornelia das Gesetz über die 20 Quästoren, dessen Tacitus (annal. XI 22) gedenkt. Mommsen (ad legem de scrib. et viat. 1843) hat darauf aufmerksam gemacht, daß das unter dem Namen lex de scribis, viatoribus et praeconibus bekannte, zuerst von Sigonius herausgegebene Bruchstück (Haubold monum. leg. p. 85—89) mit Recht schon von Augustinus der lex cornelia de XX quaestoribus zugewiesen worden sei. Die Randbemerkung nun, worauf sich dieses Urtheil gründet (VIII DE. XX Q.), und die von Mommsen wie von Augustinus von einer *tabula* octava verstanden wird, scheint mir ein achtes Kapitel der Lex Cornelia mit der Ueberschrift de XX quaestoribus anzuzeigen.

b) Seit der ersten Ausgabe sind diese Gedanken in einem vorzüglichen, dem Land, dem sein Verfasser angehört, zur Ehre gereichenden Werk weiter und im Einzelnen ausgeführt worden: Laboulaye essai sur les lois criminelles des romains concernant la responsabilité des magistrats 1845.

*) [Zum folgenden vgl. Mommsen Staatsrecht I (1876) S. 73—114.]

werden. Die Auspicien anzustellen, waren die Magistrate verpflichtet,[c]) aber auch nur sie hatten das Recht dazu; diese Haltung der Auspicien heißt spectio. Nach alter Verfassung mußte der Magistrat einen Augur zuziehen, als Sachverständigen, nach dessen Ausspruch er die Auspicien zu nehmen hatte.[d]) Der Ausspruch über die Auspicien, wodurch sie zugleich in Wirkung gesetzt wurden, heißt nuntiatio (obnuntiatio, insofern sie ungünstig waren, also eine Handlung dadurch gehindert ward). Die Nuntiatio steht den Augurn zu; aber ohne die Spectio, die allein den Magistraten zukam, kann sie gar nicht vorkommen, die Augurn sind nur das Consilium der Magistrate, sie können nicht thätig werden, ohne daß diese sie auffordern und die Spectio vornehmen. Auf der andern Seite hat die Spectio ohne Nuntiatio keine Wirkung, ist die letztere aber zwischen Magistrat und Augur erfolgt, so kann der Magistrat sie weiter geben, er hat also in diesem Sinn ebenfalls die Nuntiatio;[e]) wird einem Magistrat die Nuntiatio abgesprochen, so heißt dieß so viel: er hat die Auspicien für seine eigenen Handlungen, aber er kann nicht den Gebrauch davon machen, fremde zu hindern. Durch jene Vorschrift der Beiziehung eines Augur war die Gewalt der Magistrate gemäßigt,[f]) die Augurn hatten dadurch eine ähnliche Aufgabe, wie die späteren Volkstribunen, nur in anderer Form und Richtung; die Form war eine religiöse, während die Intercession der Tribunen ein rein weltlicher Act war, und während diese im Interesse der Plebs und der neuen Verfassung thätig waren, wurde durch jene das patricische Interesse vertreten, und die alte Verfassung geschirmt. Auch das ganze Collegium der Augurn wurde zu Rath gezogen, dieß geschah, wenn es sich um einen schon vorgenommenen Act handelte, über dessen Auspicien ein Zweifel erhoben ward;[g]) auch hier konnte der Ausspruch nur in Folge einer Aufforderung durch einen Magistrat geschehen.

Die Auspicien sind in Beziehung auf ihre Wirksamkeit von doppelter Art. Der Magistrat stellt sie entweder bloß für seine eigenen Handlungen an, oder so, daß sie auch für die Handlungen anderer Magistrate wirksam werden, diese also verhindern können. Diese letztere Kraft kam nur den Erscheinungen am Himmel zu (de coelo auspicari). Ein Magistrat konnte daher die von einem andern berufene Volksversammlung durch obnuntiatio aufheben, wenn er an diesem Tag solche Auspicien anstellte und, daß sie ungünstig gewesen, erklärte.*) Dieses Recht hatte, als eine Waffe gegen tribunicische Neuerungen, die lex

---

c) Nihil publice sine auspiciis nec domi nec militiae gerebatur Cic. de divin. I 2.

d) (Augures) quorum consilio rem gererent magistratus Festus v. spectio. Den Hergang beschreibt Cic. de divin. II 34.

e) So wird die Sache mit größter Bestimmtheit dargestellt von Cic. philipp. II 22: nos enim (die Augurn) nuntiationem solum habemus, consules et reliqui magistratus etiam spectionem. Mit Unrecht hat man die corrupte Stelle des Festus nach einer entgegengesetzten Ansicht hergestellt, und diese dann daraus zu begründen versucht. Die Stelle des Festus ist so zu lesen: Spectio in auguralibus ponitur pro aspectione. *Spectio* et nuntiatio *data est iis*, qui omne ius sacrorum habent, auguribus *nuntiatio* dumtaxat, quorum consilio rem gererent magistratus, ut possent impedire nuntiando quaecun*que* vidissent. Sed *aliis* spectio sine nuntiatione data est, ut ipsi auspicio rem gererent, non ut alios impedirent nuntiando. [Mommsen (a. a. O. S. 105) beschränkt die nuntiatio der Augurn auf die auspicia oblativa, während sich die spectio der Magistrate auf die auspicia impetrativa beziehe; bei letzteren war Zuziehung der augures nicht erforderlich (S. 102 A. 6). Dem entsprechend restituirt Mommsen die obige Stelle des Festus.]

f) Schon die Gewalt der Könige war dieser Hemmung unterworfen, wie das Beispiel des Attus Navius zeigt Liv. I 36.

g) Cic. de divin. II 35.

*) [Ueber die obnuntiatio vgl. Mommsen Staatsrecht I S. 106 ff.]

aelia et fufia von neuem geordnet, wahrscheinlich mit näherer Bestimmung der Magistrate, denen es und mit welcher Kraft es ihnen zustehen sollte, bis (ohngefähr hundert Jahre nachher) Clodius (694) es aufhob durch ein Gesetz: ne quis per eos dies, quibus cum populo agi liceret, de coelo servaret,[h]) welches indessen, wenn es überhaupt als ein dauerndes gemeint war, bald seine Kraft verlor.[i])

Nicht jeder Magistrat aber hatte diese Macht gegen jeden. Es bestehen in dieser Beziehung zwei Classen von Auspicien, maxima und minora. Maxima sind die Auspicien der Consuln, Prätoren, Censoren (abgesehen von den außerordentlichen Magistraten: den Dictatoren, Interreges); diese können daher durch ihre Obnuntiatio die Handlungen aller übrigen Magistrate verhindern, die nur unter minora auspicia vorgenommen sein können. Ob nun in diesen beiden Classen selbst einer den Handlungen des andern obnuntiiren kann, hängt davon ab, ob sie Collegen sind. Aus diesem Grunde können es unter sich (turbare aut retinere auspicia) Consuln und Prätoren, ferner Censoren, aber nicht jene gegenüber den letzteren, noch die letzteren gegenüber den ersteren, denn die Censoren sind nicht Collegen der Consuln und Prätoren.[k]) Ein Tribun kann einem andern Tribun obnuntiiren. Verschieden davon ist noch das Recht, die von einem andern Magistrat gehaltene Volksversammlung nicht bloß aufzuheben, sondern sie von ihm zu avociren, um an demselben Tag selbst eine Versammlung zu halten, da nicht zu gleicher Zeit zwei Volksversammlungen möglich sind. Hier wird die Volksversammlung nicht aufgehoben, weil an diesem Tag überhaupt keine möglich sei, also nicht wegen Ungunst der Auspicien, sondern wegen eines Vorrechts unter gleichen Auspicien. Dieses Vorrecht hat der Consul gegenüber allen andern Magistraten, der Prätor gegenüber allen mit Ausnahme des Consuls, die übrigen Magistrate haben es nicht, auch nicht unter einander.[l])

Jene Magistrate, welche die maxima auspicia haben, heißen magistratus maiores, die übrigen minores. Solche sind die aediles, tribuni plebis, quaestores (aerarii), tribuni militum, und die, welche unter dem Namen der viginti sexviri zusammengesetzt wurden: triumviri capitales für die Criminalpolizei, die Gefängnisse und die Execution der Todesurtheile,[m]) triumviri monetales für die Münze, quattuorviri viarum für die Straßen der Stadt, duumviri für die Landstraßen, decemviri litibus iudicandis, endlich die quattuorviri, die als praefecti iuri dicundo in die campanischen Präfecturen geschickt wurden.[n]) Mit der Aufhebung der Präfecturen fielen die letzteren weg, die Sorge für die Landstraßen forderte ebenfalls keine besondere Behörde mehr, so wurden jene auf vigintiviri reducirt.

Der Gebrauch der Auspicien war ursprünglich aus der Macht des religiösen Bewußtseins hervorgegangen, später wurde er aus rein politischen Gründen beibehalten.[o]) Eine Beschränkung desselben war die Folge davon; während er

---

h) Dio Cass. XXXVIII 13. Cic. in Vatin. 7. Ascon. in Pison. (Orell. p. 9).

i) Cic. ad Q. fratr. III 3. Appian. III 7.

k) Messala bei Gell. XIII 15.

l) Messala bei Gell. l. c.

m) Gehülfen dieser waren die quinqueviri cis Tiberim et ultra Tiberim, die jene zur Zeit ablösten L. 2 § 30. 31 D. de orig. iur. (1, 2) Liv. XXXIX 14.

n) Dio Cass. LIV 26. Festus v. praefecturae.

o) Cic. de divin. II 35: existimoque ius augurum, etsi divinationis opinione constitutum sit, tamen postea rei publicae causa conservatum ac retentum.

*) [Zum

früher allgemein war, kam er ab bei der Rechtspflege, bei der Kriegführung,[p] für die Volksversammlungen dauerte er fort: ut comitiorum, vel in iudiciis populi, vel in iure legum, vel in creandis magistratibus, principes civitatis essent interpretes. Noch immer aber diente das Recht der Auspicien zur Bestimmung der Gewalt der Magistrate; jene Eintheilung derselben in maiores und minores magistratus bezieht sich zugleich auf das Imperium, die Macht, ihren Anordnungen Folge zu verschaffen. Die lex curiata, welche das Imperium verlieh, gab zugleich das Recht der Auspicien, beides war verbunden: iustum imperium auspiciumque domi et militiae. Alle wirklichen Magistrate hatten ursprünglich imperium et auspicium, wem das erste ohne das letzte gegeben wurde, der war pro magistratu; dieß geschah bei den Proconsuln und Prorätoren, denen zum Behuf der Kriegführung das Imperium verlängert ward, nachdem sie mit Consulat oder Prätur die Auspicien niedergelegt hatten.[q] Wie nun hier ein Imperium ohne Auspicien verliehen ward, so entstanden Magistrate, also mit dem Recht der (wenn auch minderen) Auspicien, ohne eigentliches Imperium; dieß sind eben jene minores magistratus.

Das Imperium enthält das Recht des Gebietens, ius decernendi, zugleich mit der Macht, den Gehorsam zu erzwingen. Der höhere Magistrat hat daher die Fähigkeit, ein decretum zu erlassen, und die dieser Entscheidung vorangehende causae cognitio vorzunehmen, so weit der Fall sich dazu eignet.[r] Für diese Cognitio kann er durch einen Lictor citiren lassen, er hat das Recht der Vocatio, welches eben darum keinem magistratus minor zusteht, wiewohl schon gegen das Ende der freien Republik eine Verwirrung der Gewalten anfing, und namentlich die Volkstribunen nicht selten unzuständiger Weise das ius vocandi ausübten.[s] Das war den Tribunen zuerkannt, daß sie nicht vocirt werden konnten, weder von einem Magistrat, noch durch einen Privatus mittelst der in ius vocatio; hierin waren sie durch das Recht den höheren Magistraten gleichgestellt und von den übrigen niederen Magistraten unterschieden.[t] Das Recht des Zwangs aber wurde von den höheren Magistraten ausgeübt durch multae dictio (§ 53), durch pignus, welches der Magistrat einem Ungehorsamen oder in seinen öffentlichen Pflichten Säumigen abnehmen ließ, und das sodann mit einer Geldsumme wieder gelöst werden mußte,[u] durch Gefängniß, und Leibes- und Lebensstrafen.[v] Von den Magistraten ohne Imperium hatten einige wenigstens das ius prensionis, die Befugniß, einen Gegenwärtigen ergreifen und ins Gefängniß führen zu lassen durch ihre Diener, welche viatores

---

p) Cic. de divin. II 36. de nat. deor. II 3.

q) Cic. de nat. deor. II 3. de divin. II 36. [Mommsen Staatsrecht I (1876) S. 88, 5. S. 98, 1.]

r) In Civilrechtssachen ist dieß das außerordentliche Verfahren, welches anfangs nur in sehr wenigen Fällen zulässig war, s. § 176.

s) Gell. XIII 12. [Vgl. Mommsen a. a. O. S. 141 f.]

t) Gell. XIII 13. L. 2 D. de in ius voc. (2, 4).

u) Das pignus captum oder ablatum kommt theils gegen privati in Verbindung mit der multa (Liv. XLIII 16), theils gegen Senatoren, die ihre Pflicht versäumten, und gegen Magistrate vor Cic. de orat. III 1. philipp. I 5. Liv. III 38. XXXVII 51.

v) Cic. de legib. III 3: Magistratus nec obedientem et noxium civem multa, vinclis, verberibus coerceto, ni par maiorve potestas, populusve prohibessit, ad quos provocatio esto. L. 2 D. de iurisd. (2, 1). Die Ausübung dieser Gewalt war durch die Gesetze über die Provocation beschränkt, die dem römischen Bürger zustand, die leges valeriae, portiae, sempronia; nur schützten sie nicht gegen das militärische Imperium Cic. l. c. de republ. II 31. Liv. X 9. S. oben § 67. [Vgl. Mommsen a. a. O. S. 133 f.]

heißen; dieses Recht hatten die Volkstribunen. Andere hatten weder vocatio noch prensio.[w])

Durch die bisher beschriebene Ordnung waren jedem Magistrat die Mittel seiner Thätigkeit, die Form der Ausübung seiner Gewalt, und damit der Umfang dieser selbst vorgezeichnet, es war zugleich bestimmt, inwieweit die Thätigkeit des einen durch einen andern gehemmt werden konnte; aber es war keiner dem andern subordinirt, keinem wurde seine Thätigkeit von einem andern vorgeschrieben, jeder war nur den Gesetzen unterworfen, welche befolgt zu haben, der abgehende Magistrat schwören mußte (in leges iurare).[x]) Jedem Magistrat, mochte er eigentliches Imperium haben oder nicht, gab seine Gewalt innerhalb der gesetzlichen Schranken einen sehr weiten Raum für die Verwaltung seines Amts nach seinem eigenen Ermessen, in sehr vielen Stücken war er an dieses gewiesen, wofür es ihm an Beirath und Freunden nicht gebrach; es kam selten vor, daß er sich durch den Einspruch von Mitmagistraten gehemmt sah, am seltensten bei der Civilrechtspflege.[y])

LXXX. Diese Stellung der römischen Magistrate muß man sich vergegenwärtigen, um den Einfluß zu verstehen, den die mit der Civilrechtspflege Beauftragten auf das Recht selbst erhielten, einen Einfluß, der in gewisser Art den Gerichtsbehörden aller Zeiten und Völker aus der Natur ihrer Thätigkeit von selbst erwächst, der aber bei den Römern eine eigenthümliche Bedeutung hatte, und eine besondere Form annahm.

Jener natürliche Einfluß der Gerichte auf das Recht besteht darin, daß sie durch die ihnen obliegende Rechtsanwendung die Media zwischen den Rechtssätzen und dem wirklichen Leben sind. Das Recht geht durch sie hindurch, sein wirksames Dasein hängt von ihrer Erkenntniß und Anwendung desselben ab, in ihrem Bewußtsein und ihrer Thätigkeit kommt es vornehmlich zur lebendigen Anschauung, die Entscheidungen, worin sie, was sie als Recht erkannt haben, aussprechen, die res iudicatae, sind Erkenntnißquellen für das Recht, insofern wir sie als getreue Reflexe einer rechtlichen Volksüberzeugung zu achten berechtigt sind. Diese auctoritas rerum iudicatarum (§ 73) ist es aber nicht, von der wir bei dem Einfluß der römischen Magistrate auf das Recht sprechen. Denn das ordentliche Verfahren bestand gerade darin, daß der Magistrat die Untersuchung und Entscheidung des Rechtsstreits nicht selbst vornahm, diese vielmehr einem von ihm verschiedenen Gericht überließ, dessen Thätigkeit er nur durch eine Fest-

---

w) Varro bei Gell. ll. cc. (Note s. t).

x) Liv. XXIX 37. Cic. in Pison. 3. Damit darf der bloß in Beziehung auf einzelne Gesetze vorkommende promissorische Eid nicht verwechselt werden. Im siebenten Jahrhundert nämlich pflegte den Gesetzen, welche einer solchen Sicherung zu bedürfen schienen, die Clausel eingefügt zu werden, daß die Magistrate, gegenwärtige und künftige, (innerhalb fünf Tagen nach der Annahme des Gesetzes, nach dem Antritt des Amts) das Gesetz beschwören sollten. Ein Beispiel giebt das Gesetz auf der bantinischen Tafel (§ 71 Note f) Rhein. Mus. für Philol. II S. 45 ff. Nach Klenze a. a. O. hätte dieses Gesetz, um recht sicher zu gehen, sogar einen doppelter Eid vorgeschrieben, dieß beruht indessen auf einer irrigen Interpretation der Worte des Gesetzes, Buchta über den in der bantinischen Tafel angeblich vorgeschriebenen doppelten Eid Kleine civil. Schriften 1851. S. 269 ff. [Rudorff Zeitschrift für geschichtl. Rechtswiss. XV S. 232 f. (1849). — Vgl. Mommsen Staatsrecht I S. 598. 605.]

y) Bei einem Prätor, wie Verres, traf sich's freilich häufig, daß sein College auf Anrufen der ungescheut aus ihrem Recht gesetzten Parteien einschritt. Er wäre, sagt Cicero, von dem Volk gesteinigt worden, wenn er nicht einen gerechten und verständigen Collegen gehabt hätte, an den die Verletzten um Abhülfe sich wenden konnten. Cic. in Verr. I 46.

stellung des Streitpunktes vorbereitete. Diese Vorbereitung der richterlichen Untersuchung und Entscheidung war daher ordentlicher Weise allein die Aufgabe des Magistrats, das officium ius dicentis (im Gegensatz gegen das officium iudicis). Dieß war denn auch die Sphäre, in welcher seine Macht wirksam werden konnte.

In der ältesten Zeit war diese Möglichkeit, in das Recht und seine Anwendung einzugreifen, für die Magistrate sehr beschränkt durch die Form des Verfahrens, welche damals die ausschließliche war. Die Klagen wurden durch Legis Actiones bei dem Magistrat angebracht, welche durch Leges vorgeschrieben, von den Rechtskundigen ausgebildet, geordnet und in ihrer Anwendung festgestellt waren. Die Prudentes waren es, die das Recht durch Interpretation fortbildeten, für den Magistrat war kein Raum zu einer positiven Einwirkung auf dasselbe. Er mußte die Actiones annehmen, wie sie ihm gegeben waren, sprechen, wie es ihm das Herkommen vorschrieb;[a] das Recht stand durchaus unter der Controle der Prudentes. Nur gewisse, das Aeußere des Verfahrens betreffende Punkte hingen von dem Ermessen des Magistrats ab, so die Bestimmung der Tage außer den eigentlichen dies fasti, an welchen er Verhandlungen vor sich gestatten wollte, da es außer den dies fasti, an welchen die Parteien Gehör fordern konnten, und den dies nefasti, an denen Verhandlungen vor dem Magistrat unmöglich waren, noch andere gab, an welchen unter Umständen und wenn der Magistrat wollte, vor ihm verhandelt werden konnte. Ferner konnte er beschließen, welche Personen er zur Verhandlung schlechthin oder etwa nur mit einem Fürsprecher oder nur ohne einen solchen zulassen, und welche er als zulässige Fürsprecher für andere anerkennen wollte. Erschöpfende gesetzliche Vorschriften bestanden darüber nicht, und doch würde es theils dem Zweck der Verhandlungen, theils der magistratischen Würde nachtheilig gewesen sein, wenn allen Personen ohne Unterschied gestattet worden wäre, ihre Sache selbst vorzutragen, ohne fremden Anträgen als Dolmetscher zu dienen. Wenn sodann den Parteien zustand, Richter außer den ordentlichen zu erbitten (bei der legis actio per iudicis arbitrive postulationem), so lag es in der Gewalt des Magistrats, gewisse Personen auszuschließen, die ihm als untauglich erschienen, oder die zu geben mit der Würde der Rechtspflege unverträglich war.[b] In einigen Punkten endlich ging die Einwirkung des Magistrats noch näher auf die Sache selbst, wenn sie auch noch immer das Verfahren betraf. Wo Bürgen im Proceß zu bestellen waren, hatte der Magistrat über ihre Tüchtigkeit zu entscheiden, er decretirte ihre Annehmbarkeit oder Verwerfung, und von dieser Entscheidung hing die weitere Verhandlung in der Sache selbst ab. Bei der Vindication hatte er den einstweiligen Besitz des Gegenstandes, über welchen gestritten ward, bis zur endlichen Entscheidung über das Recht zu vergeben.

Schon in frühester Zeit gab es somit Verhältnisse, deren rechtliche Ordnung den Magistraten überlassen war. Diese Gewalt der Magistrate ging aber nicht so weit, jemanden Rechte zuzuerkennen, die er gegen den ihre An-

---

a) Praetor interea ne pulchrum se ac beatum putaret, atque aliquid ipse sua sponte loqueretur, ei quoque carmen compositum est — Cic. pro Mur. 12; auch diese Stelle hat eine nur zur Carricatur umgestaltete Wahrheit in sich. Mit demselben Recht hätte Cicero bei einer andern Gelegenheit, z. B. bei der Anklage gegen Verres, umgekehrt die Weisheit der Vorfahren prüfen können, welche die Jurisdictionsbefugnisse der Magistrate so beschränkt hätten, daß ein so willkürliches Verfahren, wie das des Verres, gar nicht vorkommen konnte.

b) Wegen aller dieser Verhältnisse vgl. die Gesch. d. Civilprocesses.

erkennung Verweigernden vor Gericht hätte verfolgen können. Denn diese Verfolgung hätte durch Legis Actiones geschehen müssen, diese aber setzten voraus, daß der Kläger sein Recht von einem Gesetz ableiten konnte, in welchem es entweder ausdrücklich gegeben, oder in das es durch die Interpretatio der Prudentes gelegt war. Hätte der Prätor nun auch einen Kläger, dessen Anspruch auf diese ausdrückliche oder stillschweigende Art in den Gesetzen nicht begründet war, zu einer legis actio zugelassen, weil er dessenungeachtet den Anspruch für gerecht hielt, so würde dieß keinen Erfolg gehabt, der Richter würde den Kläger abgewiesen, den Beklagten absolvirt haben. Indessen gab es doch ein Mittel, einen solchen Anspruch, den der Prätor verlieh, durchzusetzen, es kam nur darauf an, daß der Prätor die öffentliche Meinung für sich hatte, um keinen Einspruch gegen die Ausübung seines Imperiums befürchten zu dürfen. Dieses Mittel bestand in dem ius decernendi, und der Macht, die Befolgung der Decrete durch Geldstrafen zu erzwingen, also in einem außerordentlichen Verfahren ohne Judicium. Der Magistrat hätte hier, wenn eine Partei sich an ihn wandte mit einem Anliegen, welches durch eine legis actio nicht geltend gemacht werden konnte, wenn er ihre Ansprüche im Allgemeinen gerecht fand, den Gegner derselben durch seinen Lictor citiren lassen, die Sache untersucht und durch ein Decret entschieden. Aus der allgemeinen Möglichkeit dieses Verfahrens darf aber noch keineswegs geschlossen werden, daß es auch wirklich eingeschlagen ward. Es verging gewiß lange Zeit, bis die Prätoren von diesem Mittel Gebrauch machten; das Bedürfniß, über das herkömmliche, dem gesammten Volk als eine Schranke gegen magistratische Willkür, und als die einzige rechtliche Ordnung erscheinende Verfahren hinauszugehen, mußte sehr dringend werden, wenn es dahin kommen sollte, daß die Prätoren selbst zu jener Abhülfe sich entschlossen. Und überdieß hatte ein Decret eine bei weitem geringere Wirkung als die Sentenz eines Richters: diese galt für immer gleich einem durch Gesetz verliehenen Anspruch, während ein Decret nur eben die Kraft erhielt, die der Magistrat ihm durch den Umfang seiner Gewalt verschaffen konnte, kein anderer Magistrat, und so auch nicht sein Nachfolger, war verpflichtet, es anzuerkennen.

Sowohl in dieser letzteren Rücksicht, als auch wegen der Anschließung an den ordo iudiciorum, werden die Prätoren, die zuerst über die Grenzen des ius civile hinauszugehen sich veranlaßt sahen, folgenden Weg eingeschlagen haben. Sie geboten durch ein Decret dem, gegen welchen ein nicht im Jus civile gegründeter Anspruch verfolgt werden sollte, eine Sponsio mit dem Kläger zu machen, wodurch er eine Summe oder einen andern Gegenstand versprach, unter der Voraussetzung, daß die Thatsache, aus welcher der Kläger seinen Anspruch ableitete, sich wirklich so verhielte. Aus diesem Versprechen, also aus einem nach Jus civile gültigen und klagbaren Geschäft klagte dann der letztere mit der legis actio, wie wenn dasselbe ohne Zuthun des Prätors gemacht worden wäre. Diese Ausübung des Imperiums kam schon bei der Geltendmachung civilrechtlicher Ansprüche vor. So wenn über das Eigenthum einer Sache gestritten ward, hatte der Prätor zu bestimmen, welche der beiden Parteien einstweilen bis zur richterlichen Entscheidung die Sache besitzen sollte; diesem Besitzer befahl er Bürgen zu stellen und zu caviren, daß er, wenn er den Proceß verlieren würde, dem Gegner die Sache mit den Früchten herausgeben werde.[c])

c) Gai. IV 16: — interim aliquem possessorem constituebat, eumque iubebat praedes adversario dare litis et vindiciarum, id est rei et fructuum —.

Wurde nun dieser von dem Richter als Eigenthümer anerkannt, so war die Voraussetzung des Versprechens eingetreten, und es konnte die Herausgabe des Gegenstandes gefordert werden. Diese Macht also des Prätors, ein solches Versprechen zu befehlen, wurde auch auf solche Fälle angewendet, wo er jemanden ein Recht verlieh, das im Ius civile nicht begründet war. Ein Beispiel, welches vielleicht einen der früheſten Fälle enthält, da hier das Eingreifen des Prätors am unbedenklichſten erſcheinen mußte, iſt folgendes. Nach dem Ius civile hatte, wie ſo eben bemerkt worden iſt, der Prätor bei einer Vindication den einſtweiligen Beſitz nach ſeinem Gutdünken zu vergeben. Er ſetzte ſich nun darin ſelbſt eine Schranke, er erklärte: den, welcher gegenwärtig Beſitzer ſei, wofern er ihn nur nicht unrechtlicher Weiſe, z. B. durch Gewalt, von dem Gegner überkommen habe, wolle er in dem Beſitz ſchützen bis zur Entſcheidung über das Eigenthum, um ſo mehr werde er dem Beſitzer dieſen Schutz verleihen gegen Verſuche einer gewaltſamen Veränderung des Beſitzſtandes. Wenn nun ein Beſitzer dieſen Schutz gegen das Attentat eines Andern vor dem Prätor ſuchte, ſo zwang dieſer den Gegner zu einer Sponſion unter der Bedingung, daß er ſich einer Verletzung fremden Beſitzes ſchuldig gemacht habe. War nun dieſe Sponſion auf den Befehl des Prätors geſchehen, ſo trat der Kläger mit einer Legis Actio auf, worin er behauptete, der Gegner habe ihm z. B. dieſe Summe unter jener Vorausſetzung verſprochen, dieſe Vorausſetzung ſei wirklich vorhanden, der Gegner ſei ihm deshalb das Verſprochene ſchuldig. Es wurde ein Richter gegeben, dieſer unterſuchte, ob die Behauptung richtig ſei, und verurtheilte in dieſem Fall den Gegner in den Gegenſtand ſeines Verſprechens. Auf dieſe Weiſe hatte der Prätor ein neues Recht, das Recht des Beſitzes, eingeführt und zur Geltendmachung gebracht.

Unendlich erweitert aber wurde der Einfluß der Magiſtrate auf das Recht durch die Lex Aebutia. Dieſe führte neben den Legis Actiones (die wenigſtens zum Theil noch fortbeſtanden) ein anderes Verfahren ein, wobei die Anträge der Parteien von dem Magiſtrat in eine ſchriftliche Formula eingekleidet wurden. Dadurch wurden die Klagen unabhängig von den Geſetzesworten, die bei den Legis Actiones gebraucht werden mußten; formell wurden hier alle Klagen von dem Magiſtrat gegeben, denn dieſer gab auch den durch das Ius civile gewährten Klagen doch erſt die proceſſualiſche Form durch die Conception der Formel, ſeine Mitwirkung bei der Einleitung des Verfahrens war eine weit activere geworden. Dieß zog eine ungehinderte materielle Einwirkung nach ſich. Dem Prätor war durch dieſes Verfahren die Möglichkeit eröffnet, Klagen zu geben, die im Ius civile nicht begründet waren, er konnte ſomit ohne Umſchweif dem Bedürfniß, über den engen Raum des bisherigen Rechts hinauszugehen, entgegenkommen. Wo ſich jemand an ihn wendete, deſſen Anſprüche unter Vorausſetzung der dafür angeführten Thatſachen als gerecht erſchienen, wenn gleich er nach dem Ius civile keine Klage hatte, alſo ihm keine Legis Actio zu Gebot ſtand, da konnte nun der Prätor ihm eben ſo gut eine Formula geben, als wenn er ſich auf das Ius civile hätte berufen können, es konnten von jetzt an prätoriſche, überhaupt magiſtratiſche Klagen (honorariae actiones) vorkommen. Er wies den Richter in der Formel an, den Beklagten zu condemniren, wenn es ſich aus der anzuſtellenden Unterſuchung ergeben würde, daß die von dem Kläger behaupteten, in der Formel bezeichneten Thatſachen wahr ſeien. Ein Beiſpiel mag die actio furti manifesti geben, wahrſcheinlich eine der früheſten Klagen, welche der Prätor einführte. Die zwölf Tafeln hatten als Legis Actio gegen den Dieb, der auf der That ergriffen worden war, die Manus Injectio gegeben, und der Prätor

hatte ihn, wenn er den Bestohlenen nicht sofort befriedigte, diesem als Knecht zuzusprechen; die Buße aber, durch die er diese Addiction vermeiden konnte, hatte das Gesetz lediglich in das Gutdünken des Bestohlenen gestellt, dieser konnte die Summe willkürlich bestimmen, um die der Dieb sich mit ihm abfinden sollte. Der Prätor nun setzte die Strafe, mit der sich der Bestohlene begnügen mußte, auf das Vierfache des Werths der Sache, er gab dem Bestohlenen eine Klage darauf, und wies in der Formel den Richter an, den Beklagten, wenn ihm ein furtum manifestum nachgewiesen wurde, in jene Strafe zu condemniren, womit denn auch der Bestohlene sehr wohl zufrieden sein konnte.

Häufig gab der Prätor der richterlichen Beurtheilung für neue Fälle einen weiteren Maßstab dadurch, daß er in der Formel auf ein älteres und bekanntes Rechtsinstitut verwies, nach dessen Grundsätzen auch der gegenwärtige Fall behandelt werden sollte. Indem er dem Richter befahl, so zu entscheiden, wie wenn gewisse Umstände, die Voraussetzungen einer durch das Jus civile gegebenen Klage, eingetreten wären, so trug er auf die von ihm gegebene Klage die Theorie einer längst bestehenden über, und setzte den Richter ohne eine weitläufige Auseinandersetzung in den Stand, die ihm vorliegenden Fragen zu entscheiden. Wenn der Prätor z. B. eine Person unter Umständen, wo sie nach Jus civile nicht als Eigenthümer der Sache galt, wie einen Eigenthümer behandeln, ihr also eine der Eigenthumsklage analoge Klage geben wollte, so war es das Einfachste und Zweckmäßigste, den Richter in der Formel anzuweisen: er solle, wenn die Sache sich so verhalte, wie der Prätor sie voraussetze, ganz eben so entscheiden, wie wenn der Kläger die Sache durch einen Umstand erworben hätte, den das Jus civile als Eigenthumserwerbsart anerkennt, d. h. also, die Klage solle in den Wirkungen wie die Eigenthumsklage behandelt werden. Diese Verweisung auf ein anderes Verhältniß, nach welchem das gegenwärtige beurtheilt werden soll, nennen die Römer Fiction; es wird jenes Verhältniß, es werden gewisse nicht eingetretene Thatsachen fingirt, heißt also so viel als: es sollen dieselben Wirkungen eintreten, wie wenn jene Thatsachen vorlägen, die Wirkung einer Thatsache wird auf eine andere übertragen.

Aber nicht bloß die Möglichkeit, Klagen einzuführen, und damit unmittelbar Rechte anzuerkennen, die mit keiner Klage des Jus civile hätten geltend gemacht werden können, verschaffte dem Prätor die Lex Aebutia, sie gab ihm auch die Mittel, dem Beklagten eine dem bisherigen Verfahren unbekannte Vertheidigungsweise zu gewähren, und auch dadurch auf das Jus civile modificirend einzuwirken. Das einfachste Vertheidigungsmittel des Beklagten ist, den Anspruch des Klägers zu verneinen; dieses fand natürlich von jeher Statt, es ist wirksam, wenn die Thatsachen, aus denen der Kläger sein Recht ableiten will, nicht existiren, oder nicht hinreichen, ihm das behauptete Recht zu verschaffen, oder endlich, wenn eine andere Thatsache eingetreten ist, welche das wirklich entstandene Recht iure civili wieder aufgehoben hat. Dieß ist z. B. der Fall, wenn der als Schuldner Belangte behauptet, der Contract, durch den der Kläger Gläubiger geworden sein wolle, sei nicht oder nicht so geschlossen worden, wie das Jus civile es vorschreibe, oder die Schuld sei, und zwar, wie es sich nach Jus civile gehört, gezahlt, dadurch also die Forderung vernichtet. Nun wollte aber der Prätor gewissen Thatsachen die Folge der Aufhebung eines Rechts, z. B. der Befreiung des Schuldners zuerkennen. Diese setzte er dadurch in Wirksamkeit, daß er für den Beklagten, der sich darauf berief, einen Zusatz in die Formel einfügte des Inhalts: die Verurtheilung des Beklagten

solle wegfallen, nicht bloß, wenn die Behauptungen des Klägers unbegründet befunden würden, sondern auch wenn der Umstand, den der Beklagte für seine Befreiung anführe, richtig sei. Dieser Umstand bildet also eine Ausnahme von der Vorschrift zu condemniren, und heißt deshalb exceptio. Diese Exceptionen schützen daher den Beklagten für den Fall, daß der Anspruch des Klägers iure civili wirklich besteht, aber aus irgend einem Grund der Prätor sich veranlaßt sieht, ihm seine Wirksamkeit gegen den Beklagten zu versagen.

Leider ist das Alter der Lex Aebutia, mit welcher für das römische Recht eine neue Bahn der Rechtsbildung sich öffnete oder wenigstens erweiterte, nicht bekannt. Daß das von ihr eingeführte Verfahren zu Cicero's Zeit nicht neu war, sondern schon länger bestand, ist als sicher zu betrachten. Man hat geglaubt, das Gesetz könne nicht vor 605 gegeben sein, weil in diesem Jahre die lex calpurnia repetundarum ein sacramento agere gegen den Uebertreter festsetzte, es sei aber nicht wahrscheinlich, daß noch nach der Lex Aebutia eine legis actio, wie die Klage durch Sacramentum war, eingeführt worden sei.[d]) Dieß wird kaum zugegeben werden können. Das Gesetz des Aebutius hat seinen Grund nicht in der Ueberzeugung gehabt, die Einleitung des Prozesses durch eine Legis Actio sei schlechtweg unzweckmäßig; was als unzweckmäßig erschien, war nur die Beschränkung darauf, welche eine Folge der Ausschließlichkeit dieses früheren Verfahrens war. Darum wurde zunächst auch nur diese Ausschließlichkeit desselben durch die Lex Aebutia entfernt, wenn auch vielleicht mehrere Legis Actiones (z. B. die per condictionem) abgeschafft wurden, weil das neuere Verfahren sie in der That vollkommen ersetzte. Damit verträgt sich sehr wohl, daß man dieses Verfahren oder ein Analogon davon (denn mehr als dieses ist am Ende das sacramento agere lege calpurnia nicht gewesen)[e]) für gewisse Fälle ganz passend, ja vielleicht passender als das neue Verfahren durch Formula fand. Wir sind wohl berechtigt, bis auf die erste Hälfte des sechsten Jahrhunderts zurückzugehen, um die Zeit der Lex Aebutia zu finden. Zu dieser Annahme berechtigt das Vorkommen von leges imperfectae um dieselbe Zeit. Daß man bei einem das Privatrecht betreffenden Gesetz der bestimmten Festsetzung seiner juristischen Wirkung sich entschlagen, die Ausführung lediglich den Magistraten überlassen konnte, wie es bei jenen unvollkommen verbietenden Gesetzen geschah (§ 74), scheint eine vollkommene Entwickelung der magistratischen Macht in diesen Dingen vorauszusetzen; es ist nicht wohl denkbar, daß man zur Zeit des eingeschränkten (wenn auch nicht ganz mangelnden) Einflusses der Magistrate auf jenen Gedanken gekommen wäre. Ein solches Gesetz war die Lex Cincia v. J. 550, welche Schenkungen über eine gewisse Summe hinaus verbot, ohne zu erklären, daß die Schenkung nichtig sein solle. Auch die Lex Plätoria war, so weit sie Minderjährige gegen die civilrechtlichen Wirkungen unvortheilhafter Rechtsgeschäfte zu schützen gebot, ohne Zweifel eine lex imperfecta, und sie gehört wahrscheinlich in dieselbe Zeit (Band II § 209). Das Geschäft, das contra legem cinciam, contra legem plaetoriam geschlossen war, konnte nicht als ipso iure nichtig behandelt, der Anspruch des Klägers konnte nicht einfach verneint werden, dem Beklagten wurde durch eine exceptio legis cinciae, legis plaetoriae geholfen. Diese Exceptio, durch welche das Gesetz

---

d) Heffter ad Gai. comm. IV (1827) p. 23.

e) Daß das sacramento agere ex lege calpurnia identisch gewesen sei mit dem sacramento agere ex lege XII tabularum, ist eine unbegründete Supposition.

seine Wirkung erhielt, war nicht möglich gegen die legis actio, der Kläger würde hier ungeachtet der Lex Cincia oder Plätoria seinen Zweck erreicht haben.[f]) Auch dadurch also wird es bestätigt, daß damals das neuere Verfahren schon gegolten habe, welches dem Prätor die Möglichkeit gab, die Wirksamkeit einer Klage, die ipso iure zustand, zu hemmen.[g])

LXXXI. Wir haben gesehen: den Magistraten, welche Jurisdiction hatten, standen mancherlei Wege offen, rechtliche Bestimmungen zu treffen, Rechtssätze aufzustellen und in Anwendung zu bringen. Diese Möglichkeit war anfangs eine sehr beschränkte, sie erweiterte sich namentlich durch die Einführung eines neuen Verfahrens, welche wir in die erste Hälfte des sechsten Jahrhunderts setzen dürfen. Es fragt sich nun, welcher Form bedienten sie sich für die Satzungen, die zu machen sie veranlaßt waren?

Daß sie diese Festsetzungen für sich behalten hätten, um damit erst unvermuthet hervorzutreten, wenn ein einzelner Fall, der danach zu behandeln war, vor sie gebracht wurde, ist undenkbar. Abgesehen von dem Schein der Laune und Willkür, den sie dadurch auf ihre Acte geworfen hätten, mußte es ihnen selbst darum zu thun sein, daß ihre Verordnungen allgemein bekannt wurden. Wenn der Prätor gewissen Personen den Zutritt zu ihm zu verweigern gedachte, so ließ er es nicht darauf ankommen, jeder einzelnen von solchen Personen diesen seinen Willen besonders kund zu machen; wenn er für einen gewissen Fall eine Rechtshülfe zu verleihen gedachte, so war es offenbar zweckmäßig, sie durch eine allgemeine Bekanntmachung zu versprechen, damit wer in einem solchen Fall sich befand, wußte, wessen er sich von dem Prätor zu versehen hatte. Und diese Bekanntmachung war überdieß geeignet, den Verordnungen ein ihrem Zweck förderliches Ansehen zu geben. Um diesem Bedürfniß zu genügen, brauchte keine neue Form erfunden zu werden; es bot sich dazu der alte Gebrauch dar, wonach die Magistrate an das Volk edicta, öffentliche Ankündigungen, zu welchen ihr Amt sie veranlaßte, erließen. Die Consuln pflegten die Versammlungen des Volks, des Heers auszuschreiben und verkündigen zu lassen, den Senat durch Edicte zu berufen, aber auch sonstige Vorschriften in dieser Form zu geben.[a]) Eben so erließen die Censoren Edicte über den abzuhaltenden Census, aber auch über andere Gegenstände, die in ihr Amt einschlugen;[b]) ähnliche Veranlassungen, zu ediciren, fanden sich auch bei andern Magistraten.[c]) Der Inhalt solcher Edicte konnte von doppelter Art sein: er

---

f) Gai. IV 108: — nec omnino ita, ut nunc, usus erat illis temporibus exceptionum.

g) Ganz undenkbar wäre eine Geltendmachung jener Gesetze auch zur Zeit der ausschließlichen Geltung der Legis Actiones nicht, so durch eine von dem Prätor zu erzwingende Sponsion (s. oben), die dem Beklagten eine Gegenklage verschafft hätte. Daß aber dieß wirklich geltendes und übliches Recht war, darüber haben wir keine Nachricht. Wenn man Plaut. Rud. V 3, 24 (Band II § 209 Note i) von einer solchen Stipulation verstanden hat (Zeitschrift für geschichtl. Rechtswiss. X S. 248), so hat man übersehen, daß: ni dolo malo etc. auch die Fassung einer Exceptio andeuten kann. [Ueber die Entwickelung des prätorischen Rechts vgl. Leist Versuch einer Geschichte der römischen Rechtssysteme 1850 S. 17—40, 82—94. Bekker die Aktionen des röm. Privatrechts II 1873 S. 1 ff.]

a) Vgl. Liv. XXIII 32. XXIV 11. XXXIX 17. Gell. XIII 15.

b) Gell. XV 11 (Edict gegen die lateinischen Rhetoren) Plin. hist. nat. XIII. 5 (Edict gegen den Verkauf von unguenta exotica) XIV 16 (ne quis vinum graecum ammineumque octonis aeris singula quadrantalia venderet). Corn. Nep. in Cat. 2 (Cato censor factus multas res novas addidit in edictum, quare luxuria reprimeretur).

c) Plautus in dem Prolog zum Pönulus benutzt diesen Gebrauch zur Erlassung eines spaßhaften Edicts an die Zuschauer über das Verhalten derselben während des Schauspiels. [Vgl. im allg. Mommsen Staatsrecht I S. 196 ff.]

betraf entweder einen einzelnen Fall, wie z. B. die Ankündigung von Comitien, oder den Befehl an die Soldaten, sich zu versammeln, die Aufforderung an eine Person, deren Aufenthalt unbekannt ist, zu erscheinen, oder er bestand in der Vorschrift einer Regel, nach welcher der Magistrat in Fällen einer gewissen Art verfahren wollte, wohin z. B. das Edict gehört, wodurch die Consuln 539 verfügten, die Senatsversammlungen sollten in diesem Jahre an der Porta Capena gehalten werden, ferner die angeführten Edicte der Censoren.[d]) Edicte dieser letzten Art wurden denn auch von den Magistraten mit Jurisdiction erlassen, um jene Festsetzungen, die sie für ihre Rechtspflege machten, zu publiciren. Sie wurden dem Volke mündlich verkündigt, dann aber auch zur Nachachtung für Jedermann auf geweißten Tafeln, in albo, verzeichnet und auf dem Forum aufgehangen.[e])

Das älteste die Rechtspflege betreffende Edict, von welchem eine Nachricht vorkommt, ist jenes des Cn. Flavius, wodurch er als Aedilis curulis die Fasten bekannt machte, und dessen Erwähnung bei den Späteren die Erzählungen veranlaßte, deren oben gedacht worden ist (§ 77). Dann spricht Plautus von edictiones aediliciae über den Marktverkauf.[f]) Edicte der Prätoren werden als eine altherkömmliche Sache in Cicero's Schriften oft erwähnt,[g]) der Prätor urbanus wie der Peregrinenprätor edicirte, ihre Edicte werden als urbana den provincialia, den Edicten der Provincialregenten, entgegengesetzt.

Wenn nun bei allen Magistraten die Veranlassung sich fand, Vorschriften zu ediciren, so war dieß doch ganz besonders der Fall bei denen, welche Jurisdiction hatten. Jeder Prätor mußte gleich beim Antritt seines Amts, wenn er es pflichtmäßig zu versehen gedachte, das Bedürfniß empfinden, gewisse Grundsätze, die er bei dessen Verwaltung befolgen werde, festzustellen und bekannt zu machen, dieses Bedürfniß mußte mit dem Einfluß der Magistrate auf die formelle und materielle Seite der Rechtspflege zunehmen. So entstand der Gebrauch, daß diese Magistrate nicht bloß während des Laufs ihrer Amtszeit nach Gelegenheit Verordnungen erließen, sondern daß sie gleich am Anfang Edicte gaben, deren Erlassung man von jedem erwartete, der das Amt überkommen hatte. Nachdem ein Prätor damit den Anfang gemacht hatte, konnte sein Nachfolger kaum anders, als diesem Beispiel folgen; so wurde es ein regelmäßiges Geschäft, und ein nicht abzulehnender Bestandtheil des officium ius dicentis, die Verwaltung des Amts mit einem solchen Programm, wie man es

---

d) Das Edict, welches der Prätor Atilius 541 im Auftrag des Senats gegen das Eindringen fremder Religionen erließ, gehörte in seiner ersten Hälfte: ut quicunque libros vaticinos precationesve, aut artem sacrificandi conscriptam haberet, eos libros omnes literasque ad se ante Kalendas apriles deferret, zur ersten Classe, zur zweiten in dem folgenden Satz: neu quis in publico sacrove loco novo aut externo ritu sacrificaret. Liv. XXV 1.

e) (Apud forum palam) ubi (oder unde) de plano recte legi possit (Valer. Probus 3, 10), gilt für alle Arten von Edicten und Proscriptionen. S. auch Lex Servil. ed. Klenze p. 78.

f) Plaut. Capt. IV 2, 43.

g) Consuetudinis autem ius esse putatur id, quod voluntate omnium sine lege vetustas comprobarit. In ea autem iura sunt quaedam ipsa iam certa *propter vetustatem*. Quo in genere et alia sunt multa, et eorum multo maxima pars, quae praetores edicere consuerunt. Cic. de invent. II 22. Eben so will er mit den Worten: (in Verr. I 44): posteaquam ius praetorium constitutum est, semper hoc iure usi sumus, eine sehr lange Zeit ausdrücken, wenn auch sein Scholiast den Gedanken zu sehr steigert, indem er ihn so erklärt: quasi diceret, post conditam urbem Romam, aut post hominum memoriam, ex quo ius praetorium. Gellius kamen im Tempel Trajan's die edicta veterum praetorum in die Hände, und unter diesen ein edictum antiquius, das nicht bloß nach dieser Bezeichnung, sondern auch nach dem Wort, das er daraus anführt, einer bedeutend früheren Zeit angehörte Gell. XI 17.

nennen könnte, zu beginnen.[h]) So erklärt sich die Entstehung dieses Gebrauchs auch, ohne daß wir ihn auf eine besondere gesetzliche Vorschrift zurückführen. Nachher aber ist er wahrscheinlich durch die Lex Aebutia bestätigt worden. Eine indirecte Vorschrift dieser Art, durch Verweisung auf die Formeln, die der Prätor ediciren und in albo u. d. p. r. l. p. (Note e) haben werde, war schon deswegen nöthig, weil die Fälle, in denen der Prätor ein iudicium zu geben hatte, nicht speciell im Gesetz festgesetzt wurden. Aber der Gedanke, daß für die plötzlich erweiterte Macht der Magistrate eine Schranke gegen Mißbrauch, wie sie jener Gebrauch an die Hand gab, nützlich werden konnte, führte vielleicht überdieß zu einer directeren Bestätigung der am Anfang des Amts zu erlassenden Edicte.

Diese Edicte, welche bei jedem Prätor regelmäßig wiederkehrten, in denen er von vorn herein die unentbehrlichen Vorschriften für die seine Thätigkeit in Anspruch Nehmenden bekannt machte, und worin er überhaupt das anordnete, was seiner Bestimmung überlassen war, diese ununterbrochen, wie das Amt selbst, kraft dessen sie erlassen wurden, bestehenden Edicte wurden edicta perpetua genannt. Dieses Beiwort drückt eben dieß aus, daß sie fort und fort, und ohne Unterlaß gegeben wurden, daß jeder Prätor sie erläßt, daß sie durch die Uebernahme des Amts selbst, nicht durch besondere Umstände, die möglicherweise bei dem einen Prätor eintreten könnten, bei dem andern nicht, veranlaßt werden.[i]) Diese ständigen Edicte stehen daher denjenigen entgegen, welche, durch besondere Verhältnisse hervorgerufen, eben darum auch nicht bei jedem Prätor vorzukommen brauchen.

Diesen Gegensatz pflegen unsere Juristen mit einem andern, oben erwähnten, der sich auf den Inhalt der Edicte bezieht, zu verwechseln. Sie stellen den perpetua edicta die Edicte gegenüber, die eine Verfügung für einen einzelnen Fall enthalten, z. B. die Vorladung eines Abwesenden, und die man sonst mit dem erdichteten Kunstausdruck: edicta repentina bezeichnet.[k]) Man könnte allenfalls den Gegensatz der edicta perpetua so nennen, nur ist dieser ein ganz anderer. Nicht alle Edicte, die eine Regel, einen Rechtssatz aufstellen, sind perpetua, die perpetua sind nur eine Art derselben; das oben erwähnte Edict, daß niemand neue und fremde Gottesdienste halten solle (Note d), enthielt eine Regel, aber es war nicht ein perpetuum, sondern, wenn man will, ein repentinum.[l])

---

h) Cic. de fin. II 22: est enim tibi (iam quum magistratum inieris et in concionem adscenderis) edicendum, quae sis observaturus in iure dicendo.

i) Die Edicte werden perpetua genannt, nicht ihr Inhalt, die Sätze, welche darin aufgestellt sind; diese vielmehr können sich verändern, ein Satz, den das dießjährige Edict enthält, kann in dem des folgenden Jahrs fehlen. Das Ediciren selbst dagegen kann nicht unterlassen werden.

k) Dieser Ausdruck ist von einer Aeußerung Cicero's über ein Edict des Verres hergenommen (Verr. III 14: — exoritur peculiare edictum repentinum, ne quis frumentum de area deuteret ante quam cum decumano pactus esset. Cicero behauptet allerdings, daß Verres der rö[illegible]iesem Edict, ungeachtet es scheinbar eine Regel ausspreche, in der That nur einen einzelnen rechts I[illegible] Auge gehabt habe (wie an einem andern Ort Verr. I 45: componit edictum — ut

a) [illegible]ntelligere possit, unius hominis causa conscriptum esse, tantum quod hominem

b) G[illegible]inat), aber in dem Wort repentinum ist dieß nicht zunächst enthalten, dieß drückt nur den Verka[illegible]liche, Unvermuthete, Regelwidrige dieses Edicts aus, also das, wodurch es sich eben so aeris si[illegible] dem vorschriftmäßigen Edict für einen einzelnen Fall, als von dem edictum perpetuum res nov[illegible]det.

c) Wir haben also zwei Gegensätze zu unterscheiden: 1) Edicte, die eine Regel aufstellen, und haften die bloß einen individuellen Fall betreffen; 2) edicta perpetua und solche, die durch beallg. [illegible] Umstände veranlaßt sind. Die letzte Eintheilung ist eine Unterabtheilung des ersten Glieds

Es war natürlich, daß der Magistrat bei seinem edictum perpetuum das seines Vorgängers zu Grunde legte, auch faßte keiner sein Edict ohne den Beirath sachverständiger Freunde ab. Der Inhalt desselben war in der Regel wohl überlegt, durch ein Bedürfniß, das sich im Leben selbst kund gemacht hatte, hervorgerufen, und der Ausdruck nicht bloß einer subjectiven Meinung, sondern einer gemeinsamen Ueberzeugung. Grundlosen Neuerungen würde der Edicent freilich, so weit seine Gewalt reichte und so lang sie dauerte, Wirksamkeit haben verschaffen können, aber ein freches Hinwegsetzen über die öffentliche Meinung und über die Gefahr künftiger Ahndung des Gewaltmißbrauchs gehörte ohne Zweifel in diesem Punkte zu den Seltenheiten. Der Gebrauch, den Cicero von den Edicten des Verres bei der Anklage desselben macht, setzt voraus, daß das Verfahren dieses Elenden, wenn auch nicht ganz ohne Beispiel, doch, sowie es aufgedeckt ward, einer allgemeinen Verachtung nicht entgehen konnte. Cicero spricht es namentlich als einen Tadel aus, daß Verres in re vetere edicta nova gemacht, daß er abgeändert habe, was alle seine Vorgänger gleichmäßig in ihren Edicten gehabt hätten.[m]) Dadurch eben erhielt der Einfluß der Prätoren auf das Recht eine solche Bedeutung, daß der Inhalt der früheren Edicte regelmäßig in die folgenden überging, das prätorische Recht gewann dadurch eine Sicherheit und Beständigkeit, die den Edicten selbst nicht zukam, welche als solche ihre Kraft nicht über die Amtszeit des sie erlassenden Magistrats hinaus erstreckten.[n]) Ein solcher von einem auf das andere überlieferter Abschnitt des Edicts heißt edictum tralaticium;[o]) durch die Hinzufügung neuer Vorschriften, wie sie die fortschreitende Entwickelung des Rechts und der Verhältnisse erforderte, wurde das Edict von Zeit zu Zeit erweitert; manches wurde mit Grund abgeändert, manches, wenn auch vielleicht unter veränderten Umständen überflüssig geworden, aus Achtung vor dem Herkommen noch mit fortgeführt.

In dem Gebrauch der Edicte lag eine Garantie gegen eine willkürliche, durch persönliche Gunst oder Ungunst bestimmte Anwendung der Jurisdictionsgewalt. Dieser Nutzen derselben trat besonders in den späteren Zeiten des Verderbnisses hervor. Es verstand sich von selbst, daß der Prätor nach den von ihm edicirten Grundsätzen sein Amt zu verwalten hatte. Nun kam es vor, daß Prätoren auf doppelte Art davon abwichen. Die eine und gröbste war die, daß sie schlechtweg anders verfuhren und decernirten, als sie edicirt hatten. Dieß sagte Cicero von Verres, dessen College dadurch so oft veranlaßt gewesen sei, sich zu interponiren.[p]) Weniger schimpflich, aber eben des-

---

der ersten. Ungewiß ist es, wie der Ausdruck, welcher in einer Stelle Ulpian's vorkommt, zu verstehen sei: id quod iurisdictionis perpetuae causa, non quod prout res incidit, in albo vel in charta vel in alia materia propositum erit (L. 7 pr. D. de iurisd. 2, 1). Daß unter dem perpetuae iurisdictionis causa Proponirten, wegen dessen Verletzung der Prätor eine Klage auf eine Geldstrafe giebt, prätorische Edicte gemeint sind, ist gewiß (contempta maiestas praetoris vindicatur, L. 9 eod.), eben so, daß nicht alle Edicte des Prätors gemeint sind, dieß geht aus dem Zusatz
etuae hervor, den Ulpian durch den Gegensatz: prout res incidit, erläutern will. Sind toll
it alle Edicte, die eine allgemeine Vorschrift enthalten, oder nur die edicta perpetua be-
bei d
ch glaube das erstere: perpetua iurisdictio ist die Jurisdiction in ihrer fortwährenden
Fall in
Gegensatz zu dem einzelnen Jurisdictionsact. Und der Grund des Schutzes gegen
quivis i
des Albums trat bei allen allgemeinen Vorschriften in demselben Grad ein. S. auch
non non
das Plötz
1 Verr. I 40—46.
wohl von
edicto praetoris afferunt Kalendae ianuariae, Cic. in Verr. I 42 — legem
unterschei
nt esse — ibid.

l) in Verr. l. c. ad fam. III 8 § 4. Gell. III 18.

solche,
in Verr. I 46.
sonder

halb gefährlicher für die Rechtssicherheit war ein zweiter Weg, bei dem der Prätor sich formell ganz innerhalb der Grenzen seiner Befugnisse hielt. Dieser bestand darin, daß er hinterher durch nachträgliche Edicte die Vorschriften seines Edictum perpetuum abänderte. Gegen das Ende des siebenten Jahrhunderts war dieser Mißbrauch so häufig geworden, daß der Volkstribun Cornelius 687 ein Gesetz einbrachte und durchsetzte, wodurch den Prätoren geboten ward, nach ihren edicta perpetua Recht zu sprechen, die Bestimmungen derselben also nicht durch spätere Edicte abzuändern oder zu erweitern.[q]) Daß dieses der Inhalt der Lex Cornelia gewesen sei, wodurch überdieß natürlich auch jenem ersten Mißbrauch begegnet ward, geht auch aus der Erzählung des Dio Cassius hervor: die Prätoren hätten unvollständige Edicte erlassen (um für ihre Willkür Raum zu behalten), sie hätten ferner ihre Festsetzungen nicht auf einmal gemacht (οὔτε ἐσάπαξ τοῦτ' ἐποίουν), endlich hätten sie nicht einmal die gemachten Vorschriften eingehalten, sondern sie, nach Gunst oder Haß, oft umgeändert (πολλάκις αὐτὰ μετέγραφον); deshalb habe das Gesetz vorgeschrieben, daß die Prätoren gleich beim Antritt ihres Amts das Recht, nach dem sie verfahren würden, ediciren, und nicht davon abweichen sollten.[r])

LXXXII. In den Edicta perpetua erhielt die Fortbildung des Rechts durch die Magistrate einen stetigen, von der Willkür der Einzelnen sowohl als von ihrer individuellen Geschicklichkeit unabhängigen Charakter. Diese Edicte wuchsen nach und nach zu sehr umfassenden Rechtsverzeichnungen an, und so wurde ihr Inhalt, das magistratische Recht: ius honorarium (ius praetorium, ius aedilicium), ein sehr beträchtlicher Bestandtheil des gesammten römischen Rechts. Daß die edicta magistratuum zu den Quellen des Ius civile gerechnet werden, ist vor allem erklärlich, wenn unter Ius civile das gemeine Recht der Römer überhaupt, und das Privatrecht insonderheit verstanden wird. Aber auch wenn man ius civile in dem besonderen Sinn des aus dem eigenthümlichen Rechtsbewußtsein der Römer hervorgegangenen im Gegensatz gegen das allgemeinere Recht, von dem unten die Rede sein wird, nimmt, und auch abgesehen davon, daß die Edicte selbst in ihrer Form und ihrem Zusammenhang mit der magistratischen Gewalt etwas eigenthümlich römisches sind, müssen sie zum Ius civile deswegen gerechnet werden, weil in der That zu allen Zeiten viele Rechtssätze ausschließlich römischer Natur, anfangs vielleicht nur solche, darin enthalten waren. Auf der andern Seite werden Ius honorarium und Ius civile einander als die beiden großen Hälften des römischen Rechts gegenübergestellt.[a]) Dieser Gegensatz hat vor allem seinen Grund in der besonderen Natur, welche den prätorischen Rechtssatzungen ihren Ursprung giebt.

Die Kraft, die ein Satz des prätorischen Edicts hat, ist lediglich die, welche der edicirende Prätor selbst ihm vermöge seiner Amtsgewalt geben kann; ein Edictssatz hat als solcher keine Verbindlichkeit für andere, gleichzeitige oder nachfolgende, Magistrate, seine Bedeutung ist daher eine andere, und viel be-

---

q) Ascon. in Cornel. (Orell. p. 58): — ut praetores ex edictis suis perpetuis ius dicerent, quae res cunctam gratiam ambitiosis praetoribus, qui varie ius dicere solebant, sustulit.

r) Dio Cass. XXXVI 23.

a) Z. B. si quis autem constituerit, quod iure civili debebat, iure praetorio non debebat, — eum non teneri, quia debita *iuribus* non est pecunia, quae constituta est L. 3 § 1 D. de pec. const. (13, 5). Testamentum — utroque iure valebit, tam civili quam praetorio L. 23 D. qui testam. (28, 1).

schränktere als die des Volkswillens, wie er sich z. B. in der lex, oder in dem Gewohnheitsrecht ausspricht.[b]) Dieß läßt sich so ausdrücken: praetor ius facere non potest; das prätorische Recht hat dadurch einen ganz eigenthümlichen Charakter, es ist kein Recht, wie das eigentliche Recht, das Ius civile, welches auf seiner eigenen, ihm innewohnenden Kraft beruht, sondern es existirt nur in der Anwendung, die ihm der Prätor zu geben vermag. Die Rechte, die jemanden kraft des Ius civile zustehen, beruhen auf diesem Recht, und der Schutz des Prätors kommt nur als eine nothwendige Folge hinzu, dieser Schutz giebt ihnen nicht ihre Existenz, sondern beseitigt nur ihre Verletzung. Die Rechte dagegen, welche jemand lediglich aus dem prätorischen Edict ableitet, hat er bloß durch den Schutz des Prätors, sie beruhen auf der tuitio praetoris.[c]) Welche Mittel der Prätor besaß, jemanden als einen Berechtigten zu behandeln: durch Decrete, Interdicte, Actionen und Exceptionen, ist schon oben, soweit es in diesem Zusammenhang geschehen konnte, auseinander gesetzt worden; er konnte durch die Befehle, die er erließ und ausführte, durch die Klagen, die er in seinem Edict proponirte, und für die er einen Richter so gut wie für die im Ius civile begründeten zu bestellen versprach, ferner durch die Einreden, die er in die Formel zu setzen, und durch die er die Condemnation zu bedingen verhieß, für eine Person denselben thatsächlichen Erfolg herbeiführen, wie wenn sie iure (civili) berechtigt oder von einem Anspruch befreit war.

Durch jenen Charakter des prätorischen Rechts war das Ius civile vor aller Mischung bewahrt, die seine Reinheit und Sicherheit hätte beeinträchtigen können, es waren die Schranken der magistratischen Gewalt festgehalten, den Prätoren wurde keine Function zuerkannt, die sie zu Gesetzgebern gemacht hätte. Und doch war auf der andern Seite ein Weg eröffnet, auf welchem ein Prätor in den Conflict neuerer Rechtsansichten und Bedürfnisse mit dem bestehenden Recht vermittelnd eingreifen, denselben Raum verschaffen, und den von ihm empfundenen Anforderungen der Gerechtigkeit genugthun konnte. Nicht ein Nachtheil war es, daß solche Modificationen des Ius civile nicht sofort durch eine neue Gesetzgebung ins Werk gesetzt wurden, es lag ein unberechenbarer Vorzug darin, daß sie durch eine Rechtsquelle, welche alle Vortheile einer Gesetzgebung darbot, ohne Umgestaltung des Rechtszustands und, bei ihrer Abhängigkeit von der Amtsgewalt des edicirenden Magistrats, gleichsam versuchsweise geschahen, während sie, wenn sie sich erprobten, durch ihre Vererbung von einem Edict auf das andere, durch die Billigung vieler auf einander folgender Magistrate, in dem Bewußtsein des Volks ein ähnliches Ansehen, wie gesetzliche Bestimmungen, erhielten, so daß den sich bei der Abfassung seines Edicts willkürlich darüber hinwegsetzenden Magistrat kein geringerer Vorwurf traf, als wenn er ein geschriebenes Gesetz hintangestellt hätte.[d])

Das Verhältniß des prätorischen Rechts zu dem Ius civile bezeichnet Papinian mit den Worten: ius praetorium est, quod praetores introduxerunt adiuvandi vel supplendi vel corrigendi iuris civilis gratia, propter utilitatem

---

b) „Der Prätor sprach in seinem Edict nicht aus, was hinfort Recht sein solle (wozu er gar nicht befugt war), sondern was er als Recht ansehen und handhaben werde, so daß er bloß seine eigene amtliche Thätigkeit voraus ankündige", Savigny System des heut. R. R. I 117.

c) Z. B. ususfructus iure constitutus entgegengesetzt dem ususfructus tuitione praetoris constitutus L. 1 pr. D. quib. mod. ususfr. (7, 4). — valebit tuitione praetoris, non ipso iure L. 1 § 5 D. quod falso tut. (27, 6).

d) S. § 81 Note g.

publicam.[e]) Ein Beispiel des ersten Falls, der Unterstützung, giebt das Verfahren des Prätors bei einer lex imperfecta, wie er die Lex Cincia dadurch in Wirksamkeit setzte, daß er dem Schenker eine exceptio, oder wenn er schon etwas gegeben hatte, eine condictio auf Zurückgabe gegen den contra legem cinciam Beschenkten gab. Noch vollständiger gehören hieher die Fälle, wo der Prätor dem Berechtigten einen neuen und vortheilhafteren Weg, als ihm schon das Jus civile gewährte, zur Effectuirung seines Rechts öffnete. Er supplirte das Jus civile, wenn er eine Bestimmung desselben in seinem Geiste erweiterte, aber auch wo er für einen Fall, über den es keine Bestimmung enthielt, eine Verfügung traf, z. B. erbschaftliche Güter jemanden zuwies, zu welchen nach Jus civile kein Berechtigter vorhanden war. Er änderte es, wenn er einem nach dem Jus civile Berechtigten ein Hinderniß bereitete, namentlich durch eine Exceptio, welches sein Recht zwar nicht vernichtete (denn diese directe Abänderung lag außer dem Bereich des Prätors), aber ihm seine Wirksamkeit entzog. Auch hiefür giebt die exceptio legis cinciae ein Beispiel; nach Jus civile hatte der Beschenkte eine Forderung aus der Schenkung, da das Gesetz die mißbilligte Schenkung nicht für nichtig erklärt hatte.

Wir haben bisher das Jus honorarium vornehmlich von seiner formellen Seite betrachtet. Schon von diesem Standpunkt aus leuchtet die völlige Nichtigkeit eines bedeutenden Theils der Vorwürfe ein, welche den römischen Prätoren von manchen früheren Rechtshistorikern gemacht worden sind.[f]) Nach den Vorstellungen dieser hätte der Einfluß der Prätoren auf frecher Usurpation einer ihnen nicht zukommenden Macht beruht, sie hätten das Jus civile aus Muthwillen oder noch schlimmeren Absichten corrumpirt, nur wären sie klug genug gewesen, sich dabei der Fictionen zu bedienen, und so das Volk in der Meinung zu erhalten, es lebe noch immer nach seinem alten Recht, während sie ihm in der That ein ganz anderes untergeschoben hätten. Wie diese Vorstellungen nur aus einer höchst mangelhaften Einsicht in die Entstehung des Rechts und in die Geschichte des römischen insonderheit entspringen, und durch eine ganz unkritische Benutzung einzelner Nachrichten über diesen Gegenstand unterstützt werden konnten, so sind sie selbst mit dem gesunden Menschenverstand kaum in Einklang zu bringen; denn angenommen, es wäre zulässig, die römischen Prätoren sich als Taschenspieler zu denken, wie stumpfsinnig müßte ein Volk sein, welches durch eine solche ungeschlachte Manipulation sich sein gutes Recht entwenden, und ein anderes unterschieben ließe. Der Prätor hätte gesagt: diese Person ist nicht Erbe nach Jus civile, aber sie soll eben so behandelt werden, wie wenn sie es wäre; und diese Fiction hätten alle seine Mitbürger für eine Versicherung gehalten: jene Person sei wirklich Erbe nach Jus civile, und was noch mehr ist, sie hätten ihr vollkommenen Glauben geschenkt. Dieser Albernheit kommt nur das Gegenargument eines Gegners von Heineccius gleich, welcher die Fiction für den Ausdruck einer Wahrscheinlichkeit erklärt, wodurch die

---

e) L. 7 § 1 D. de I. et I. (1, 1).

f) Am vollständigsten hat diese verkehrte Meinung ausgeführt Heineccius, s. unter andern seine hist. iur. rom. § 68—74. Schon damals ist sie bekämpft worden, vorzüglich aber ist es Hugo, welcher, wie über die Geschichte des Rechts überhaupt, so namentlich über diesen Punkt gesundere Ansichten zur Geltung gebracht hat. — Huschke (incerti auctor. etc. expos. p. 60—65) hat zuerst für diesen Punkt von der Lex Aebutia Gebrauch gemacht, indem er behauptet, diese habe den Prätoren (nicht bloß die Möglichkeit, sondern) das Recht gegeben, neues Recht einzuführen. Ohne diese Lex würde man, wie er glaubt, die Meinung von der Unbefugtheit der Prätoren theilen müssen. Dieß ist sicher zu viel behauptet.

Einfalt von dem Volk auf den Prätor gewälzt wird, welcher durch jene Worte seine innere Ueberzeugung, die Person sei wirklich nach Jus civile Erbe, nur könne sie es nicht zur Evidenz beweisen, ausgesprochen habe. Um diesen Preis wäre die Freisprechung von böser Absicht zu theuer erkauft. Diese Controverse hat jetzt nur noch das Interesse theils einer literarischen Curiosität, theils eines Denkmals der geistlosen Behandlung, welche der Rechtsgeschichte um die Mitte des vorigen Jahrhunderts widerfuhr.

Der eigenthümliche Charakter des prätorischen Rechts gegenüber dem Jus civile liegt indessen nicht bloß in dem Organ, durch das dieses Recht gebildet worden ist und seine besondere Form erhalten hat, sondern zugleich ebenso in seinem Inhalt. Es ist ein eigenes Rechtselement, das in dem prätorischen Recht zur Wirksamkeit gekommen, und von dem es zum größten Theil durchdrungen ist. Dieß führt uns auf das Jus Gentium, dessen Entstehung neben dem Jus civile das wichtigste Ereigniß der Rechtsgeschichte dieser zweiten Periode war, und durch dessen Kenntniß sich erst die Stelle des prätorischen Rechts in dem Entwickelungsgang des römischen vollkommen ermessen lassen wird.

Das Jus Gentium und sein Einfluß auf das prätorische Recht.[a])

LXXXIII. Jedes Volk hat eine Individualität, durch die es sich von andern Völkern unterscheidet; neben diesem Eigenthümlichen macht sich in seinen Richtungen und Ansichten ein Allgemeineres bemerkbar, worin die Völker als verwandte Glieder eines höheren Ganzen erscheinen. Dieses allgemeinere Element ist in den ersten Zeiten eines Volks nur wie im Keim vorhanden, verhüllt durch die überwiegende Macht des Besonderen, Eigenthümlichen; allmählich bei fortschreitender Bildung entwickelt es sich neben und an dem, was die Individualität des Volks ausmacht. Die Zeit, wo beide Elemente zu einem vollkommenen Gleichgewicht gekommen sind, ist die der wahren Bildung eines Volks. Es ist mit den Völkern, wie mit den einzelnen Menschen, wir nennen einen solchen ungebildet, wenn seine Individualität schroff und ausschließend hervortritt, seine Bildung liegt in der Hervorhebung des Allgemeinen, des der Gattung Gemeinsamen, eine falsche Bildung ist die Unterdrückung der Individualität. Eine solche falsche Bildung läßt sich auch bei Völkern denken, dem Volk aber steht in dem natürlichen Verlauf der Dinge außerdem das Schicksal bevor, daß jenes allgemeinere Element in ihm mächtiger wird, das Individuelle nach und nach verzehrt, die Nationalität auflöst, und das Volk endlich aus der Reihe der Wesen wegnimmt.

Jene Entwickelung finden wir auch in dem Recht der Völker, nur daß sie nicht überall dieselbe äußere Gestalt annimmt. Neben dem ursprünglich allein

a) Die Nachrichten über das Jus Gentium hat zusammengestellt Dirksen: über die Eigenthümlichkeit des J. G. nach den Vorstellungen der Römer, Rhein. Museum I S. 1—50, wiederholt mit Zusätzen in den Vermischten Schriften (1841) S. 200 ff. Was die Genauigkeit der literarischen Notizen anbelangt, so muß ich sie wenigstens für einen Fall in Abrede stellen, nämlich für die bei der Wiederholung hinzugekommene Erwähnung meiner Ansicht. In meinem Buch über das Gewohnheitsrecht befindet sich I S. 24 ff. ein besonderes Kapitel, überschrieben: Von dem Jus Gentium und dem prätorischen Edict. Dieses hat der Verfasser vollkommen ignorirt, und es vorgezogen, meine Ansicht aus einer andern beiläufigen Aeußerung desselben Buchs S. 5 zu entnehmen, die gar nicht von dem Jus Gentium in unserem Sinn handelt, sondern von dem Recht der patricischen Gentes. Aus dieser hat er den Schluß gezogen, ich hielte das J. G. nach seinem Ursprung für identisch mit jenem, was mir nie auch nur im Traume eingefallen ist. [Vgl. noch Moritz Voigt das ius naturale, aequum et bonum und ius gentium der Römer II 1858. Leist Civilistische Versuche IV 1877 S. 171 f.]

herrschenden individuellen Rechtsprinzip macht sich allmählich ein allgemeineres in dem Bewußtsein des Volks geltend. Es ist nun die besondere Gestalt, welche diese allgemeine Erscheinung bei dem römischen Volk hat, darzustellen. Darauf beruht das Jus Gentium, einer der wichtigsten Begriffe für die Geschichte des römischen Rechts.

Nach italischem Völkerrecht waren die Berührungen eines Volks mit andern unter die Obhut und das richterliche Amt der Fetialen gestellt. Fetialen waren die priesterlichen Behörden, die über die Differenzen eines Staats mit Auswärtigen zu urtheilen hatten. Wenn in einem Staat Veranlassung zur Beschwerde über einen andern entstand, so brachte die Regierung des ersteren die Sache vor ihre Fetialen. Diese untersuchten; fanden sie, daß die Beschwerde begründet war, so machten sie sich auf, und forderten auf eine solenne Art das Recht ihres Staats von dem verletzenden, res repetunt. Diese solenne Rechtsuchung hieß clarigatio, der Sprecher bei diesem Act wurde pater patratus genannt.[b]) Es wurde eine Frist von dreißig und drei Tagen gesetzt, verstrichen diese ohne Erfolg, so wurde das Recht durch den Krieg gesucht.[c]) Zuweilen kamen die beiden Völker überein, einen solchen Streit durch ein aus Gliedern beider zusammengesetztes Schiedsgericht entscheiden zu lassen, diese Richter hießen reciperatores, da sie dem Verletzten das Seinige zurückverschaffen sollten.[d]) Aber nicht bloß für einen einzelnen Fall kam eine solche Recuperatio vor, sie konnte durch ein Bündniß zu einem bleibenden Institut zwischen zwei Völkern werden, indem verabredet ward, daß Streitigkeiten, namentlich zwischen einzelnen Gliedern der Völker, stets auf diese Weise geschlichtet, also nie Veranlassung zu einem Kriege werden sollten. Das Bündniß enthielt damit zugleich eine Garantie gegenseitigen Verkehrs, wenn auch nicht gerade eines allgemeinen. Ein solcher Verkehr, aber nur ein beschränkter, war garantirt in dem ältesten Bündniß mit Karthago 245,[e]) und es war auch für die Verfolgung der dadurch entstehenden Ansprüche Anordnung getroffen. Diese Uebereinkunft und Garantie wurde selbst Recuperatio genannt.[f]) Es sind also die Fälle einer Recuperatio für jetzt schon vorliegende Streitigkeiten, und eines Vertrags über dieselbe für die Zukunft zu unterscheiden. Zu den letzteren gehört nicht, wie man geglaubt hat, das Bündniß mit Antiochus 566, die Worte desselben sprechen nur von gegenwärtigen Ansprüchen, nicht von künftigen, hinsichtlich deren sie vielmehr die Entscheidung auf friedlichem Wege oder durch Krieg jedesmaligem Belieben anheimstellen.[g]) Die Fälle der zweiten Art sind es, durch welche ein rechtlicher Verkehr zwischen den Völkern hergestellt und geschützt wurde.

---

b) Servius ad Aeneid. IX 53. Plin. hist. nat. XXII 3. Liv. VIII 14.

c) Liv. IV 30. Den Hergang beschreibt genau Liv. I 32.

d) Nach Huschke von re-cis-parare, eine Etymologie, die er auf das Vollständigste begründet hat. — Ueber dieses Institut ist neuerdings eine sehr weitläufige Schrift erschienen: Carl Sell die Recuperatio der Römer 1837, mit welcher die sehr gründliche Recension derselben von Huschke (Krit. Jahrb. von Richter 1837, S. 861—911) zu verbinden ist. Huschke hat diesen Gegenstand schon früher behandelt in seiner Ausgabe der Rede pro Tullio (Analecta literaria 1826 p. 208 sqq.).

e) Polyb. III 22.

f) Festus: Reciperatio est, ut ait Gallus Aelius, cum inter populum et reges nationesque et civitates peregrinas lex convenit, quomodo per reciperatores reddantur res reciperenturque, resque privatas inter se persequantur.

g) Liv. XXXVIII 38: Rhodiorum sociorumve quae aedes aedificiaque intra fines regni Antiochi sunt, quo iure ante bellum fuerunt, eo Rhodiorum sociorumve sunto. Si quae pecuniae *debentur*, earum exactio esto. Si quid *ablatum est*, id conquirendi, cognoscendi, repetendique ius item esto etc. und am Ende: controversias inter se (An-

Wo von einem eigentlichen Bündniß der Römer mit einem andern Volk die Rede ist, dürfen wir annehmen, daß auch über den Privatverkehr zwischen den Verbündeten eine rechtliche Ordnung bestand. Die Hauptsache war, daß der gegenseitige Anspruch auf Rechtshülfe anerkannt wurde, so weit der Verkehr zugelassen sein sollte; das Bündniß setzte die garantirten Zweige des Verkehrs mit größerer oder geringerer Bestimmtheit fest,[h]) ins Einzelne gehende Bestimmungen über Form und Wirkung der Rechtsgeschäfte, überhaupt über das Recht, nach welchem ein Rechtsstreit zwischen Angehörigen der verbündeten Staaten entschieden werden sollte, waren in den Bündnissen schwerlich enthalten, soweit nicht besondere Verhältnisse hie und da eine Ausnahme veranlaßten und erheischten.[i]) Die Recuperatoren richteten nach ihrer rechtlichen Einsicht, darauf hatte ihre Nationalität natürlich einen bedeutenden Einfluß, wenn auch nicht an eine reine Anwendung des eigenen Landesrechts auf Fremde gedacht werden kann; nach und nach bildete sich darüber ein Herkommen, an dem man festhielt.

Man hat geglaubt, die vermöge der Bündnisse bestehenden recuperatorischen Gerichte seien aus Angehörigen beider Länder gebildet worden; dieß halte ich für höchst unwahrscheinlich. Wenn wir den Fall eines gleichen Bündnisses zwischen von einander wenigstens dem Recht nach unabhängigen Völkern festhalten, und diesen Zustand haben wir noch allein im Auge, so ist es das Natürlichste, daß jedes von dem andern verlangt, der zugelassene Fremde habe sich dem einheimischen Gericht zu fügen, dessen Schutz ihm eine Wohlthat war. Wie der Fremde billig der Sitte des Landes sich bequemt, und von ihm erwartet werden kann, daß er seinen rechtlichen Verkehr in demselben nach dessen Weise einrichte, so kann er auch nichts dagegen haben, von Richtern dieses Volks Recht zu nehmen, wenn er an der Macht des seinigen einen Rückhalt hat, der ihn gegen ungerechtes Verfahren schützt. Dazu kommt, daß bei dem gegenseitigen Handel die andern Völker mehr interessirt waren, als die Römer; diese konnten keinen Vortheil darin finden, um der wenig geachteten Bürger willen, die damals im Ausland sich in Handelsgeschäften umtrieben, eine Verabredung zu schließen, von welcher die in Masse nach Rom kommenden Ausländer den meisten Nutzen gehabt hätten, während sie sich für die wenigen Römer im fremden Lande vielleicht gar nicht immer ausführen ließ. Von einem gemischten Gericht kommt denn auch weder früher noch später eine Spur vor.[k])

---

tiochus und die römischen Bundesgenossen) iure ac iudicio disceptanto, aut si utrisque placebit bello. Ebenso ist zu verstehen XXXIV 57, von den drei Arten der Bündnisse (je nachdem von den kriegführenden Völkern eines überwunden worden ist, oder beide gleiche Erfolge für sich haben, oder endlich sie gar nicht im Krieg mit einander gewesen sind); bei der zweiten Art wird gesagt: tunc enim repeti reddique per conventionem res, et si quarum turbata bello possessio sit, eas aut ex formula iuris antiqui, aut ex partis utriusque commodo componi. Die formula iuris antiqui ist nichts als: der frühere rechtliche Zustand in Beziehung auf diese Besitzungen, im Gegensatz gegen ein Vergleichsäquivalent.

h) Dahin gehören wahrscheinlich auch die Worte aus dem latinischen Bündniß: pecuniam quis nancitor, habeto, und: si quid pignoris nancitor, sibi habeto, bei Festus v. nancitor.

i) Das Bündniß mit den Karthagern von 245 bestimmte, in Africa und Sardinien sollten römische Handelsleute ihre Geschäfte nur mit Zuziehung einer öffentlichen Person, eines Ausrufers oder Notars, abschließen dürfen, unter dieser Voraussetzung aber garantire der Staat dem Verkäufer die Zahlung; in den sicilianischen Provinzen Karthagos dagegen solle der Römer gleiche Rechte mit den Karthagern haben Polyb. III 22. In dem zweiten Bündnisse ist diese letzte Bestimmung auf die Stadt Karthago ausgedehnt, und gleiches Recht dem Karthager in Rom gegeben Polyb. III 24.

k) Man hat sich auf Liv. XXVI 48 berufen, eine Stelle, die aus verschiedenen Gründen keine Stütze jener Ansicht ist. Nach Eroberung von Neukarthago hatte Scipio dem ersten Ersteiger

Wenn dagegen die Römer späterhin in Provinzen peregrinische Richter zuließen, wofern der Beklagte Peregrine war (§ 67. 69), so ist dieß eben nur ein geringes Ueberbleibsel der alten Freiheit dieser Länder. Wären sie in einem Bündniß als selbständige Staaten mit Rom gewesen, so würden ihre eigenen Gerichte es gewesen sein, vor denen die Römer in allen Fällen hätten Recht nehmen müssen. Nun waren sie der römischen Jurisdiction unterworfen, und nur jener schwache Rest des früheren Zustandes blieb zurück, auf welchen die Provincialen auch als letzten Schimmer der Freiheit einen großen Werth legten, sogar wenn er noch mehr, auf Processe unter ihnen selbst, beschränkt war.[l]) Aus diesem späteren Recht folgt also so wenig, daß während der Unabhängigkeit der Staaten gemischte Gerichte bestanden hätten, daß vielmehr auf die ausschließliche Besetzung der Recuperatorengerichte aus den Bürgern des Landes daraus sich schließen läßt.

Wir haben es nach unserer Aufgabe lediglich mit den römischen Recuperatorengerichten zu thun. Nach der hier vertheidigten Ansicht wurden die Recuperatoren, vor denen dem Bündniß gemäß Auswärtige und Römer in Rom Recht gegen einander suchten, lediglich aus römischen Bürgern genommen.[m]) Was oben im allgemeinen von dem Recht, nach welchem diese Recuperatoren urtheilten, gesagt worden ist, findet hier folgende Anwendung. Das Jus civile blieb außer Frage, von dem Recht der Mancipationen, In Jure Cessionen, der Nexa u. s. f. konnte bei einem Fremden keine Rede sein. Ein Verkehr war zugelassen und garantirt, wie er unter verschiedenen Völkern, gleichsam auf einem zwischen den eigenthümlichen Volksrechten neutralen Rechtsgebiet, üblich war; für diesen Handel und Wandel hatte sich von selbst eine Gestalt gebildet, die römischen Richter hielten darauf, daß die Geschäfte, auf die man sich vor ihnen berief, in erkennbaren Formen geschlossen seien, die, wenn auch von dem Jus civile nothwendig abweichend, doch ihrem rechtlichen Ordnungssinn zusagten. Es konnte nicht fehlen, daß die Peregrinen, die ihre Geschäfte nach Rom zogen, sich in ihrem Verkehr mit den Römern eben so sehr den rechtlichen Vorstellungen dieser anbequemten, als sie auf der andern Seite manche ihrer eigenen Rechtsgewohnheiten in diesen Verkehr einführten.

Anfangs war es ein enger Kreis, in dem sich dieser Verkehr und somit die Praxis des Peregrinengerichts bewegte. Mittlerweile wurde Rom immer mächtiger, die Berührung mit andern Völkern häufiger; die Römer kamen als Herrschende in auswärtige Länder, die Leichtigkeit, Geschäfte in unterjochten

---

des Walles die Mauerkrone verheißen. Zwei Soldaten meldeten sich; für den einen, von der Flotte, einen Socius, verwendete sich der Präfectus Classis, C. Lälius, für den andern, einen Centurio der vierten Legion, der Anführer der Legion, M. Sempronius Tuditanus, das ganze Heer nahm für den einen oder den andern Bewerber Partei. Scipio ernannte zur Untersuchung der Ansprüche drei Recuperatoren, unter ihnen jene beiden Fürsprecher. Niemand wird aus diesem von den Umständen angerathenen Verfahren schließen wollen, daß Scipio nach einer gesetzlichen Vorschrift gehandelt habe; wäre dieß aber der Fall, so würde man annehmen müssen, jede Partei habe das Recht gehabt zu fordern, daß ihr Advocatus unter die Recuperatoren gewählt werde, denn dieß geschah dort. Von einem gemischten Gericht ist ohnedieß nicht die Rede, denn alle jene Recuperatoren waren römische Bürger.

l) Cic. ad Att. VI 1: — Graeci vero exsultant, quod peregrinis iudicibus utuntur. Nugatoribus quidem inquies. Quid refert? Tamen se αὐτονομίαν adeptos putant.

m) Daß Gaius (IV 105) die Möglichkeit peregrinischer Richter in Rom selbst voraussetzt, ist für die Behauptung im Text gleichgültig. Gaius spricht nicht von Recuperatoren, auf keinen Fall spricht er von Recuperatoren der alten Zeit aus den Bündnissen; am allerwenigsten deutet er auf eine Vorschrift, vermöge deren ein peregrinischer Richter in gewissen Fällen nothwendig gewesen wäre. Die Stelle beweist nur, daß die Bestellung eines peregrinischen Judex nicht unmöglich war.

Provinzen unter dem Schutz der eigenen Magistrate und Heere zu führen, machte den Handelsgeist rege, Römer wurden viel häufiger auswärts gefunden als früher; eben so wurde der Zug der Fremden nach Rom mit der wachsenden Macht desselben immer stärker. Zwecke der verschiedensten Art führten sie nach Rom, der Rechtsverkehr zwischen ihnen und Bürgern wurde mannigfaltiger, er betraf nicht mehr bloß die currenten Geschäfte unter Kaufleuten. Von diesen Peregrinen waren viele Socii, die durch ein sie mehr oder weniger von Rom abhängig machendes Bündniß gewissermaßen Angehörige des herrschenden Staats geworden waren, nicht geringer war die Zahl der Provincialen, wirklicher Unterthanen Roms. Diese Abhängigkeit gab ihnen einen weit vollständigeren Anspruch auf Schutz in ihrem Privatrechtsverkehr, als in dem Fall eines gleichen Bündnisses der Buchstabe des Vertrags. Sie waren nicht Bürger Roms, aber sie waren doch auch keine Fremden mehr. Den eigentlichen Fremden, dessen Volk dem Römer als ein unabhängiges gegenüber steht, bezeichnet die alte Sprache mit dem Wort hostis,[n]) nun wurde der Name peregrini für die Nichtbürger üblich, welcher auch einen Staatsangehörigen bedeuten kann.[o]) Die Rechtsstreitigkeiten unter Peregrinen und zwischen diesen und Römern vermehrten sich in Rom so sehr, daß ein eigener Prätor: qui inter peregrinos und inter cives et peregrinos ius dicit eingesetzt werden mußte, da der Prätor urbanus diesem Andrang von Rechtshändeln nicht mehr gewachsen war. Dieß geschah zuerst im Jahr 507,[p]), doch wurde noch später zuweilen die praetura urbana und inter peregrinos einem und demselben Prätor zugetheilt.[q]) Das Verfahren vor dem Prätor bestand natürlich nicht in Legis Actiones, deren die Peregrinen unfähig waren, wahrscheinlich war es dem analog, welches nachher die Lex Aebutia für die Römer einführte: der Prätor vernahm die Parteien, und bestellte ihnen Richter, indem er zugleich den Streitpunkt selbst in einer kurzen Schrift zusammenfaßte, wodurch die Anhängigmachung der Sache constatirt und der Richter instruirt wurde. Die Richter waren zum Theil noch Recuperatoren, vielleicht in solchen Fällen, für die sie nach den früheren Zuständen herkömmlich waren, zum Theil wurden aber auch Einzelrichter, eigentliche iudices, bestellt, in Rom wie in den Provinzen.

Das Recht, nach welchem die Verhältnisse der Peregrinen beurtheilt wurden, stand unter der Aufsicht des Prätors, der diese Jurisdiction hatte. Die Edicta perpetua mögen zuerst bei den Peregrinenprätoren und den Regenten der Provinzen entstanden und zu einem bedeutenden Umfang herangewachsen sein. Auch andere angesehene Personen nahmen durch den Beistand, den sie den durch das Hospitium oder den Patronat ihnen verbundenen Peregrinen leisteten, an der Entwickelung und Sicherung dieses Rechts Theil. Der Peregrine, der vorübergehend in Rom sich aufhielt, fand dort einen Gastfreund, dessen heilige Pflicht es war, ihm in Rechtshändeln beizustehen,[r]) oder er wendete sich um Rath und Fürwort an den Patron seines Landes oder seiner Stadt, der nicht bloß die Interessen der Gesammtheit, sondern auch der einzelnen An-

---

n) Festus: Status dies vocatur, qui iudicii causa est constitutus cum peregrino. eius enim generis ab antiquis hostes appellabantur, quod erant pari iure cum populo romano, atque hostire ponebatur pro aequare.

o) Wie z. B. peregrina sacra in Rom recipirte bedeuten, und ager peregrinus von dem hosticus ebenso wie von dem romanus unterschieden wird.

p) Joannes Lydus de magistrat. I 38. 45. Damit stimmt überein Liv. epitom. XIX.

q) Liv. XXV 3 (542). XXXVII 50 (565).

r) Gell. V 18.

gehörigen derselben vertrat. Bei den Peregrinen, die sich in Rom bleibend niederließen, war es von Alters her gewöhnlich, daß sie sich in die Clientel eines Römers begaben, welches applicatio hieß.[s]) Dieses Verhältniß hatte ursprünglich die volle Bedeutung des Patronats, im siebenten Jahrhundert war es nach Cicero's Aeußerung ein verschollenes Recht, obwohl ein Fall vorgekommen war, wo der Patron sich ein Intestaterbrecht an dem Vermögen eines solchen Clienten zuschrieb. Die Application war allmählich in das freiere Verhältniß zwischen einem vermögenden Mann und dem in seinen Schutz sich Befehlenden übergegangen.

LXXXIV. Unter Mitwirkung aller dieser Personen, die bei der Peregrinenrechtspflege thätig waren, bildete sich aus jenen ersten beschränkten Anfängen des Fremdenverkehrs, aus den partikulären Landesrechten der Peregrinen, die bei ihren Rechtsstreitigkeiten zur Sprache kamen, und aus den Ansichten der Römer selbst über das, was unter den gegebenen Umständen als gerecht und passend erschien, ein allgemeines römisches Peregrinenrecht. Dieß mag durch folgende Beispiele anschaulich werden. Ein Peregrine berief sich vor dem Prätor auf das Eigenthum an einer Sache. Dieß konnte nicht ein Eigenthum ex iure quiritium sein, der Peregrine war dessen nicht fähig, die römischen Erwerbungen durch Mancipatio, In Jure Cessio u. s. f. waren hier nicht anwendbar. Welche Formen der Erwerbung sollten nun anerkannt werden, worauf sollte der Richter sehen, um zu entscheiden, ob dem Kläger wirklich die Sache gehöre? Am nächsten lag es, den als Eigenthümer zu betrachten, der den Besitz, die factische Gewalt über die Sache, mit dem Willen, daß sie ihm gehöre, erworben hat, vorausgesetzt, daß der wirkliche Effect dieses Willens nicht durch das Recht eines Andern gehindert wird. Denn so geschieht die Erwerbung im Krieg, die unter allen Völkern gilt. Es wurde ein Satz des allgemeinen Peregrinenrechts: man erwirbt das Eigenthum durch den Besitz, wenn die Sache herrenlos ist, oder der bisherige Eigenthümer sein Eigenthum zum Besten des Erwerbers aufgiebt. Was die Obligationen anlangt, so war es eine natürliche Ansicht aller Völker, daß Verträge gehalten werden müssen, und durch rechtswidrige Beschädigungen eine Verbindlichkeit zum Ersatz entsteht. Dieß war nun näher zu bestimmen. Bei den unerlaubten Handlungen konnte man sich sofort nach dem Ius civile richten. Was die Verträge anlangt, so war es Bedürfniß, gewisse Formen zu haben, es widerstrebte dem Rechtsgefühl der Römer, aus jeder formlosen Uebereinkunft, deren wirklicher Abschluß ungewiß ist, eine Klage zu gestatten. Eine häufige Geschäftsform bei den Peregrinen war die schriftliche Abschließung, diese wurde daher von dem Prätor als eine wirksame Vertragsform anerkannt, einige andere wurden aus dem Ius civile übertragen, so weit sie nicht mit eigenthümlich römischen Solennitäten verknüpft waren, oder diese sich davon trennen ließen.

Dieses allgemeine Peregrinenrecht, welches schon im sechsten Jahrhundert in Rom bestand, ist das Ius Gentium in seiner ursprünglichen Bedeutung. Es ist durch ein unmittelbar praktisches Bedürfniß entstanden, für die Peregrinen und ihren Verkehr unter und mit den Römern; diese Beziehung drückt denn auch der Name aus. Gentes heißen die Völker, insofern sie neben und gegen einander über gedacht werden, vom römischen Standpunkt aus die übrigen Völker außer dem römischen, das römische Ius Gentium ist das Recht, welches

s) Cic. de orat. I 39.

Rom den Gentes, also den Völkern außer dem römischen, in ihren Gliedern, die vor den römischen Behörden Recht suchen, gewährt. Zugleich liegt in dem Wort, daß es ein allgemeines, nicht bloß für ein einzelnes Volk bestimmtes Recht ist. Es ist endlich auf dem Grund einzelner fremder Rechte entstanden, aber erst auf dem römischen Boden, unter dem Einfluß römischer Ansichten, durch die Römer selbst zu diesem allgemeinen Charakter ausgebildet worden.

Die praktische Bedeutung, das Recht zu sein, nach welchem Personen lebten, die des Ius Civile unfähig waren, ist dem Ius Gentium auch späterhin geblieben,[a]) aber zu dieser einen und ursprünglichen Seite seiner Natur gesellte sich noch eine andere, die für uns die wichtigere ist.

Denken wir uns, daß zwei Jahrhunderte seit den Zwölf Tafeln verstrichen waren. Die Zeit, wo diese Grundlage des Ius civile entstanden war, wo dieses enggeschlossene Recht dem Rechtsbewußtsein des Volks vollkommen genügte, trat in eine immer entferntere Vergangenheit zurück, der Gesichtskreis der Römer hatte sich erweitert, Italien war unterworfen, außeritalische Kriege und Eroberungen hatten begonnen, die Römer wußten sich nicht mehr bloß in Rom zu Hause, der Beruf, alle ihnen erreichbaren Länder an sich zu ziehen, hatte begonnen, sich ihrer Seele zu bemächtigen. Wie sie für fremde Sitten empfänglich wurden, so entwuchsen sie nach und nach den engen Grenzen, welche das alte Ius civile im Rechte zog. Ihr Bewußtsein war durch die Heranbildung jenes Peregrinenrechts mit andern Rechtsbegriffen als denen des strengen Ius civile erfüllt worden. Sie lebten selbst nach jenem Recht in ihrem Verkehr mit den Peregrinen, es war ihnen in seiner Entstehung und Anwendung nichts fremdes; war es doch in der That selbst römisches Recht, wenn auch aus nicht rein-römischen Principien gebildet. Warum hätten diese Principien nicht auch auf sie außer ihrem Verkehr mit Peregrinen eine gewisse Anwendung finden sollen? Es war nur ein kleiner Schritt, in dem Ius Gentium ein allgemeines Recht auch für die Römer zu erkennen, und zu schließen: quod civile non idem continuo gentium, quod autem gentium, idem civile (d. h. civium) esse debet.[b]) Die Zeit war erschienen, wo im römischen Volk neben seiner eigenthümlichen Natur ein allgemeineres Element in Sitten und Ansichten sich geltend zu machen anfing, neben der civilis ratio eine naturalis ratio; im Recht verkörperte sich dieses Element zu dem Ius Gentium, welches neben das Ius civile trat.

Darin liegt das Charakteristische dieser Erscheinung bei den Römern, daß das allgemeinere, freiere Element in ihrem Rechte Eingang fand, ohne das Ius civile selbst zu verändern oder aufzuheben. Der römische Geist gab seine Eigenthümlichkeit nicht auf, indem er den Einflüssen der voranschreitenden Bildung sich öffnete. So ward der Strom des freieren Rechts, der außerdem das Ius civile mit sich fortgerissen und verschlungen hätte, in sein eigenes Bett geleitet. Das Ius Gentium ist nicht mehr bloß das Peregrinenrecht,

---

a) So z. B. Gai. III 93: sed haec quidem verborum obligatio: dari spondes? spondeo, propria civium romanorum est, ceterae vero iuris gentium sunt, itaque inter omnes homines, sive cives romanos sive peregrinos, valent etc.

b) Cic. de off. III 17. Doch giebt es auch Recht, das ausschließlich den Peregrinen angehört, so daß die Römer dessen nicht fähig sind. So konnten, wie es scheint, Römer sich nicht durch syngrapha verpflichten, wie Peregrinen, nach Gaius: quod genus obligationis proprium peregrinorum est (III 134), während die arcaria nomina bei Peregrinen und bei Römern vorkommen können, quia non ipso nomine (nicht durch die Schrift selbst), sed numeratione pecuniae obligantur, quod genus obligationis (die Verpflichtung durch Darlehen) iuris gentium est (III 132).

welches in dem Verkehr mit Peregrinen seinen Ursprung und seine fortwirkende Bedeutung hat, sondern es ist zugleich der Theil des römischen Rechts, welcher aus dem von den alten Schranken befreiten Rechtsbewußtsein des Volks hervorgegangen ist. Das römische Recht selbst hat sich verdoppelt, und diese Doppelheit zeigt sich von nun an in den einzelnen Rechtsinstituten, in dem Recht des Eigenthums, den Obligationen, dem Familienrecht, es bestehen überall Rechtsverhältnisse des Jus civile und des Jus Gentium neben einander.

Früher war unter unseren Juristen die Vorstellung herrschend, das Jus Gentium sei entweder eine bloße doctrinelle Speculation, oder, wenn auch zu einem praktischen Zweck, sei es doch durch eine wissenschaftliche Operation entstanden. So hat sich die Meinung gebildet, es sei wie das Naturrecht unserer früheren Rechtsphilosophen aus abstracten Rechtsprincipien deducirt. Die ihm eine positive Grundlage zu geben sich getrieben fanden, glaubten entweder, daß die Römer es durch Abstraction von dem Eigenthümlichen des Jus civile aus diesem gefunden, oder daß sie es durch umfassend angestellte Untersuchungen der Rechte aller ihnen bekannten Völker gewonnen hätten, indem sie das ihnen allen Gemeinschaftliche als Jus Gentium erklärten. Bei diesen Ansichten vergißt man, theils daß seine Entstehung in die vorwissenschaftliche Zeit fällt, welche der Fähigkeit zu solchen Operationen, auch wenn in dem römischen Charakter eine Neigung dazu gelegen hätte, ermangelte, theils daß es sich bei der ersten Veranlassung desselben um die Befriedigung eines sich aufdringenden praktischen Bedürfnisses handelte. Man hat, um zu dem richtigen Begriff des Jus Gentium zu gelangen, gewöhnlich die allgemeinen Aeußerungen der späteren römischen Juristen als die lauterste Quelle betrachtet, und ihre Definition: quod naturalis ratio inter omnes homines constituit, id apud omnes populos peraeque custoditur vocaturque ius gentium,[c]) sofort auf den ersten Anfang desselben in Rom übertragen, ohne zu bedenken, daß hier eine wissenschaftliche Betrachtung hinzugekommen ist, welche die ursprüngliche Gestalt der Sache zwar nicht aufgehoben, aber sie doch nicht ganz unverändert gelassen hat. Man hat ferner die wahre Thatsache, daß die Römer das Jus Gentium als ein Recht für alle Menschen, welchem Volk sie angehören möchten, erklärt haben, in die davon sehr verschiedene, und nicht gegründete verwandelt, es sei ganz unabhängig von diesem Einfluß der Römer und vor ihm schon ein allen Völkern gemeinschaftliches Recht gewesen, das die Römer vorgefunden und bei sich recipirt hätten.

Wir fassen das Resultat der bisherigen Ausführung noch einmal in der Kürze zusammen. Das Jus Gentium hat zwei Seiten: einmal ist es das allgemeine Peregrinenrecht, nach welchem die Römer die Rechtsverhältnisse von Personen beurtheilten, für die das Jus civile keine Anwendung fand; die Grundlage dieses Rechts waren wirkliche Peregrinenrechte, nur nach dem Bedürfniß allgemeiner Anwendbarkeit und unter dem Einfluß römischer Auffassung mannigfaltig modificirt und erweitert. Dann aber ist es das Recht, welches in den erweiterten, allgemeineren Rechtsansichten des römischen Volks seinen Ursprung hat, das also nicht auf eine künstliche Art, durch Speculation oder gelehrte Forschung, gemacht, sondern durch die innere Macht des in seiner Bildung fortschreitenden Volksgeistes hervorgetrieben ist. Beide Seiten des Begriffs stehen in engem Zusammenhang mit einander. Die erste bietet uns

c) Gai I 1.

der erste Eintritt des Jus Gentium in Rom dar, das Peregrinenrecht hat dem Jus Gentium der zweiten Richtung Bahn gebrochen, und hat ihm die besondere Gestalt gegeben, in der es fort und fort ein von dem Jus civile verschiedener, dieses in seiner Selbständigkeit nicht antastender Kreis des Rechts geblieben ist. Die zweite ist in der Ausbildung der ersten, des Peregrinenrechts, selbst schon mit thätig gewesen, und hat zu dem Satz geführt, daß dieses allgemeine Peregrinenrecht auch für die Römer, abgesehen von ihrem Verkehr mit Peregrinen, gilt. Peregrinenrecht und römisches, von den individuellen Volksansichten befreites Recht, sind nur die beiden Seiten desselben Begriffs, den die Römer mit den Worten ius gentium bezeichnen.

LXXXV. Es ist noch übrig, von dem Einfluß dieses Rechts auf das prätorische zu sprechen. Das Jus Gentium wurde hauptsächlich durch die magistratischen Edicte in Wirksamkeit gesetzt, als Peregrinenrecht durch das Edict des Prätor peregrinus und durch die Provinzialedicte, als Recht für die Römer durch das Edict des Prätor urbanus. Dadurch nun erhielt das prätorische Recht den besonderen Gehalt, der es zu einem von dem Jus civile nicht bloß in der Form und in den dem Prätor zu Gebote stehenden Mitteln (§ 82), sondern auch in dem Geist seiner Bestimmungen verschiedenen Recht macht.

Die Edicte der Prätoren enthielten nicht wenige Bestimmungen, die in ihrem Inhalt dem Jus civile vollkommen gleichartig waren, und nur in der Form sich davon unterschieden, oder die wenigstens bloß in einer Erweiterung desselben, aber noch ganz in seinem Geiste, bestanden. Neben diesen aber begegnen uns darin eine überwiegende Anzahl von Rechtssätzen, die sich von jenem Recht auffallend entfernen, und eine davon ganz verschiedene innere Natur haben. Die Quelle derselben ist nicht in subjectiver Willkür und pflichtwidrigem Gelüsten der Prätoren, wie manche Historiker geglaubt haben, sondern in der Veränderung, welche mit dem rechtlichen Bewußtsein des Volks vorging, mit einem Wort, in jenem Jus Gentium zu suchen, welches dem Jus civile gegenübergetreten war. Es hatte ein Römer eine Sache verkauft und dem Käufer überliefert, die Form dagegen, in welcher ex iure quiritium das Eigenthum übertragen wird, war unterblieben; nach Jus civile war der Verkäufer noch Eigenthümer und konnte die Sache vindiciren, der Prätor aber gab dem Käufer eine exceptio, ja er gab ihm eine Klage, um selbst die Sache von jedem Besitzer zu fordern. Ein Schuldner hatte seinen Gläubiger befriedigt, aber nicht in der Form, die das Jus civile vorschrieb, nach diesem war er noch Schuldner und der Klage des Gläubigers unterworfen, der Prätor befreite ihn durch eine Exceptio gegen die Klage. Manchen Verträgen, aus denen nach Jus civile keine Forderung entsprungen wäre, weil sie der civilrechtlichen Form entbehren, gab der Prätor Wirksamkeit. Zu einer Verlassenschaft berief er Personen, denen das Jus civile kein Erbrecht gab, er räumte sie Verwandten des Verstorbenen ein, deren Verwandtschaft nicht die Erfordernisse der civilrechtlich allein mit diesem Anspruch versehenen hatte. In allen diesen Punkten folgte er nur den Ansichten des Volks, dessen Rechtssinn dem engen Gewand des Jus civile zu entwachsen, und eine Richtung auf das, was im Wesen als gerecht erschien, zu erhalten begonnen hatte. Und dieser mehr auf das Wesen als auf die Form gerichtete Rechtssinn ist eben die naturalis aequitas (im Gegensatz zur civilis aequitas), welche die Römer als das Princip des Jus Gentium erkannten.

Nun wird sich auch das Verhältniß der beiden Begriffe: ius honorarium

und ius gentium, bestimmen lassen. Daß beides verschiedene Begriffe sind, leuchtet von selbst ein. Der Gegensatz: ius civile und honorarium bezieht sich auf die Organe, in welchen das Recht zum Dasein kommt, der von ius civile und gentium auf den inneren Charakter des Rechts und den Umfang seiner Anwendung. Nun könnte beides wenigstens äußerlich zusammenfallen, wenn nämlich alles Jus Gentium in den Edicten verzeichnet wäre, und diese kein anderes Recht als jenes enthielten. Allein auch dieß ist nicht der Fall: es kann ein Satz zu dem einen dieser Rechte gehören, ohne des andern zu sein. Dessenungeachtet besteht zwischen beiden Rechten eine entschiedene und sehr nahe Verwandtschaft: wer diese verkennte, würde nie die Erscheinung des prätorischen Rechts als eines eigenen, wichtigen, zu einem bedeutenden Umfang heranwachsenden, von den römischen Juristen wissenschaftlich behandelten und ausgebildeten Theils des gesammten Rechts vollständig zu begreifen im Stande sein. Diese Erscheinung erklärt sich eben dadurch, daß die Edicte der Prätoren vorzugsweise unter dem Einfluß jener neuen Rechtsansichten des Jus Gentium stehen, und der bedeutendste Theil ihrer Bestimmungen auf dieses Element des römischen Rechts zurückgeführt werden kann. Wenn daher das prätorische Recht zu dem Jus civile, wie oben ausgeführt worden ist, einen formellen Gegensatz dadurch bildet, daß der Prätor keine gesetzgebende Gewalt hat, Modificationen des Rechts also von ihm nur vermöge seines leitenden Amts bei der Rechtsanwendung ausgehen können, so tritt dazu noch ein materieller Gegensatz, insoweit der Inhalt der Edicte aus einem andern Rechtsprincip hervorgegangen ist, als dem des Jus civile, und dieses andere Princip ist eben die naturalis aequitas, das Princip des Jus Gentium.

Zuletzt ist noch die Frage nach dem Alter des Jus honorarium zu beantworten, die sich erst hier vollständig wird erledigen lassen. Die Ansichten derer, die sich darüber geäußert haben, sind sehr verschieden: während manche geneigt waren, die Entstehung der Prätur ohne weiteres auch als den Anfangspunkt des prätorischen Rechts anzunehmen, haben andere es erst mit der Lex Cornelia von 687 (§ 81 a. E.) entstehen lassen, noch andere glauben, kurz vor Cicero (geb. 648), oder in dessen Jugendzeit sei es entstanden,[a]) einige begnügen sich damit, daß es zu Cicero's Zeit schon bestand, indem sie den Anfang desselben dahin gestellt sein lassen.[b]) Diese Verschiedenheit der Ansichten ist nicht ohne Einfluß auf die historischen Untersuchungen über einzelne Rechtsinstitute, die mit dem prätorischen Recht zusammenhängen, geblieben; aber der Mangel einer bestimmten Ueberzeugung, ja sogar das Bekenntniß einer falschen Meinung über das Alter dieses Rechts hat nicht immer verhindert, daß ein richtiges Gefühl, gleichsam unwillkürlich, bei der Behandlung eines einzelnen Punktes wirksam geworden ist.

Vor allem ist festzustellen, daß es sich bei unserer Frage nicht um das Alter der Edicte überhaupt handelt, Edicte, worin der Prätor Rechtssätze aussprach, gab es lange, ehe ein prätorisches Recht in jener Bedeutung als ein eigener Rechtskörper dem Jus civile gegenübertrat. Auch mit der Frage nach der Entstehung der Edicta perpetua fällt die unsrige nicht schlechthin zusammen. Jenes prätorische Recht nämlich läßt sich nicht wohl vor dieser Sitte des jährlichen regelmäßigen Edicirens denken, aber diese Sitte mag der Bildung des

---

a) Zimmern Geschichte des röm. Privatr. I § 38.

b) Hugo Gesch. des R. R. S. 418 ff. Er bemerkt, die Dürftigkeit unserer Nachrichten über das Alter des Edicts sei eine der bedenklichsten Lücken in unserer Geschichte des römischen Rechts.

prätorischen Rechts in jenem Sinne um viele Jahre vorausgegangen sein. Die Entstehung des prätorischen Rechts, welches dem Jus civile, mit nicht geringerer Anwendung und Wichtigkeit, an die Seite trat, hat zwei Voraussetzungen. Die eine ist die Einführung des Formularprocesses, wodurch der Prätor erst im Stande war, auf eine umfassendere Weise ein nicht im Jus civile gegründetes Recht wirksam zu machen, wir dürfen das prätorische Recht nicht früher setzen als die Lex Aebutia.[c]) Die andere Voraussetzung ist die beginnende Macht freierer Rechtsansichten im römischen Volk, welche das Jus Gentium hervorgebracht, und zugleich dem prätorischen Recht den eigenthümlichen Gehalt gegeben haben, wodurch es von dem Jus civile sich unterscheidet. Mit der Erstarkung dieser neuen Richtung beginnt das prätorische Recht. Beide Factoren desselben weisen auf die erste Hälfte des sechsten Jahrhunderts als die Zeit seines Ursprungs. Damit stimmt es denn überein, daß Cicero das prätorische Recht in unserem Sinne als ein lange bestehendes anführt.[d])

---

c) Gai. IV 11.

d) S. die Stellen § 81 Note g. Die erste derselben ist aus einer Jugendschrift Ciceros, und daher schon allein hinreichend, die Meinung Zimmern's (Note a) zu widerlegen. [Vgl. Dernburg Untersuchungen über das Alter der einzelnen Satzungen des prätorischen Edict's in den Festgaben für Heffter. 1873.]

Dritte Periode.

Das Principat und die alte Verfassung.

LXXXVI. Die bürgerlichen Unruhen des siebenten Jahrhunderts endigten sich damit, daß oberste Machthaber an die Spitze des Staats traten, die nach und nach eine so bedeutende Gewalt an sich zogen und behaupteten, daß unter ihnen die Republik zu einem bloßen Schein ward.

Schon Julius Cäsar hatte eine solche Obergewalt erlangt, er war in der Befestigung derselben begriffen, und mit den Plänen einer neuen Einrichtung des gesammten Staats beschäftigt, als er im Jahre 710 ermordet wurde. Glücklicher war sein Adoptivsohn Octavian, der zuerst den auf seine Nachfolger übergehenden Titel Augustus vom Senat annahm, mit dem er, auch schon von den späteren römischen Schriftstellern, vorzugsweise bezeichnet wird. Er fand es rathsam, von bedeutenden, sich laut ankündigenden Reformen abzustehen. Das kluge Maß, das er beobachtete, gewöhnte das Volk, dessen am meisten energische Häupter gefallen waren, an die dauernde, lebenslängliche Herrschaft eines Einzigen; nach einer langen Regierung ging seine Gewalt bei seinem Tod 767 nach Erbauung der Stadt, 14 n. C. über auf den von ihm adoptirten Tiberius Claudius Nero. Dieser kam 37 n. C. (790 u. c.) um, sein Nachfolger C. Cäsar, wie er von den römischen Schriftstellern genannt wird (den ersten Cäsar bezeichnen sie mit den Worten Divus Iulius), der den Beinamen Caligula erhielt, mit dem die Neueren ihn zu nennen pflegen, wurde schon 41 (794) ermordet. Ihm folgte Tiberius Claudius Cäsar, ermordet 54 (807). Auch sein Adoptivsohn und Nachfolger Nero Claudius Cäsar starb eines gewaltsamen Todes 68 (821).

Mit Nero starb der Stamm der Cäsaren aus, er hatte keinen Nachfolger bezeichnet, Servius Sulpicius Galba bemächtigte sich des Regiments, er wurde gleich am Anfang des Jahres 69 verdrängt und erschlagen durch M. Salvius Otho, dieser erlag nach wenigen Monaten dem A. Vitellius, welcher am Ende desselben Jahres ermordet ward. Ein stabiles Regiment erlangte sein Ueberwinder T. Flavius Vespasianus, welcher 79 (832) starb, dessen Sohn Titus regierte kurze Zeit, nach seinem Tode 81 folgte der zweite Sohn Vespasian's T. Flavius Domitianus, ermordet 96 (849). M. Cocceius Nerva starb schon 98, er hatte adoptirt und als seinen Nachfolger bezeichnet M. Ulpius Trajanus, dieser regierte bis 117 (870). Nach seinem Ableben wurde erwählt P. Aelius Hadrianus, der bei seinem Tod 138 (891) das Reich T. Aurelius Antoninus Pius hinterließ; dieser regierte

bis 161 (914), wo er starb. Die römischen Juristen nennen ihn Divus Pius, auch wohl Titus Antoninus; diese Benennungen gehen unzweifelhaft auf ihn, Antoninus und Divus Antoninus sind im Munde der späteren Juristen gewöhnlich nicht von Pius zu verstehen.[a]) Nach ihm regierte, von ihm adoptirt, M. Aurelius Antoninus Philosophus, den die Römer mit dem Namen Marcus anzuführen pflegen, zuerst mit Lucius Verus bis 169 (922) — sie heißen bei den römischen Juristen Divi fratres oder Marcus et Verus, auch Antoninus et Verus —, dann allein bis 176 (929), von da an mit seinem Sohn L. Commodus Antoninus bis 180 (933) — sie werden angeführt mit den Namen Marcus et Commodus, Antoninus et Commodus. Nach dem Tode Marc Aurel's regierte Commodus allein bis 192 (945). Sein Nachfolger ist P. Helvius Pertinax, der nach wenigen Monaten 193 umgebracht ward, und M. Didius Severus Julianus Platz machte, welcher in demselben Jahr umkam. Eine längere und tüchtigere Regierung führte L. Septimius Severus, anfangs allein, von 198 (951) an mit seinem Sohn und Nachfolger M. Aurelius Antoninus Bassianus Magnus Caracalla bis 211 (964). Allein wird er Severus, mit seinem Sohn Severus et Antoninus genannt. Caracalla regierte bis 217 (970). Von den römischen Juristen wird er Antoninus, oder Antoninus Magnus genannt, der Name Divus Antoninus ist bei den Spätern in der Regel auf ihn zu beziehen. Sein Mörder M. Opilius Macrinus fiel nach einer einjährigen Regierung 218 in der Schlacht gegen seinen Nachfolger M. Aurelius Antoninus Elagabalus, den die Römer Antoninus nennen.[b]) Auf diesen folgte 222 (975) M. Aurelius Severus Alexander (in den Rechtsquellen nie Severus allein, gewöhnlich aber schlechthin Alexander genannt), ermordet 235 (988).

In den nächsten funfzig Jahren folgen eine Menge Imperatoren, zum Theil neben einander, von denen die meisten nur kurze Zeit sich zu behaupten vermochten: C. Julius Maximinus Thrax, ermordet 238 (991), nachdem seine Gegner, die Gordiane, Vater und Sohn, dasselbe Schicksal gehabt hatten; nach ihm traten auf Pupienus, Balbinus und Gordianus der Enkel, die beiden ersten wurden gleich im Jahre 238 erschlagen, der dritte (ein Knabe von 13 Jahren) regierte bis 244 (997). Nach ihm kommen M. Julius Philippus Arabs (der eine Zeitlang seinen Sohn zum Mitregenten hatte, einen Knaben, welcher vor vollendetem zwölften Lebensjahr umkam) bis 249 (1002), Trajanus Decius bis 251, C. Vibius Trebonianus Gallus mit seinem Sohn Volusianus bis 254, ihnen gegenüber Hostilianus Perpenna, und C. Julius Aemilianus, der in demselben Jahr ermordet wurde, P. Licinius Valerianus mit seinem Sohn Gallienus bis 260, der letztere allein bis 268, neben vielen Prätendenten in verschiedenen Provinzen des Reichs, dann M. Aurelius Claudius bis 270, L. Domitius Aurelianus bis 275, M. Claudius Tacitus bis 276, M. Annius Florianus wich nach zwei Monaten, sich selbst tödtend, dem M. Aurelius Probus, der

---

a) Vgl. Kämmerer über die röm. Kaiser, welche den Namen Antoninus führen ꝛc., Beitr. zur Gesch. u. Th. d. R. R. 1817. Abhandl. I. [Mommsen über die Kaiserbezeichnung bei den römischen Juristen, Zeitschr. für R. G. IX (1869) S. 113: „Im Allgemeinen ergiebt sich, daß die Bezeichnung divus Antoninus an sich auf Pius, Marcus und Caracalla mit gleichem Recht bezogen werden kann, aber eben deswegen von den nach Marcus Tode schreibenden Juristen, ausgenommen wo durch die Verbindung die Beziehung klar ist, mit wenigen Ausnahmen vermieden worden ist."]

b) Savigny Zeitschrift V S. 265.

nach Ueberwindung mehrerer Gegenimperatoren 282 umkam, M. Aurelius Carus starb 283, von seinen Söhnen Carinus und Numerianus wurde der zweite 284, der erste 285 ermordet. 284 gelangte C. Aurelius Valerius Diocletianus Jovius an das Regiment, das er von 286 an mit Maximianus Herculius führte.

Für alle diese Regenten von August an, welche die Titel: Principes, Imperatores, Augusti, Caesares (späterhin der Titel für die bei Lebzeiten eines Princeps designirten Nachfolger) führen, pflegen die Neueren den Namen Kaiser zu gebrauchen, und die Verfassung seit August als eine Monarchie zu bezeichnen. Dieser Sprachgebrauch ist geeignet, eine sehr unrichtige Vorstellung von der damaligen Verfassung, und der Stellung jener Regenten in ihr zu geben. Vor allem ist es inconsequent, Julius Cäsar selbst aus dieser Reihe wegzulassen, an welche ihn die Römer anschließen. Man hat wohl über unsere alten Chronikenschreiber gelächelt, die ihn als den ersten römischen Kaiser aufführen, aber sie hatten eben so viel Grund zu dieser Bezeichnung bei ihm, als bei August, die Neueren fügten zu dem ersten Irrthum, August Kaiser zu nennen, nur noch den zweiten, Cäsar von dieser Benennung auszuschließen. Mit dem Titel Cäsar kann diese Bezeichnung nicht gerechtfertigt werden, denn obwohl er dem Kaisertitel den Namen gegeben hat, so verbindet sich doch mit dem letzteren eine Vorstellung, die bei der Betrachtung der Cäsaren in den ersten beiden Jahrhunderten unserer Zeitrechnung durchaus entfernt gehalten werden muß.

Die Verfassung war keine monarchische, so bedeutend auch die Gewalt jener Regenten war. Ein sehr beschränkter Regent kann Monarch sein, und ein möglichst unbeschränkter macht die Verfassung noch keineswegs zu einer Monarchie. Die Verfassung ist unter und nach August noch die republikanische, nur steht die Republik unter der Herrschaft eines durch die Umstände mit außerordentlicher Macht versehenen lebenslänglichen obersten Magistrats. Ja wir müssen noch mehr zugeben; es hat sich unter republikanischen Formen neben die Republik ein Element, das ihr in seinem innersten Wesen zuwider ist, eingedrängt, und so den Staat in zwei Hälften gespalten, von denen die neuere die alte gleich anfangs in ihrer Wirksamkeit beeinträchtigt, allmälich außer Activität gesetzt, endlich verschlungen hat. Aber bis dieses letzte Schicksal vollendet war, konnte das wie immer verkümmerte Dasein der Republik nicht in Abrede gestellt werden. Eine Analogie wird durch einen neueren Staat gegeben. Wie in Rom der Thron auf die Republik gesetzt ward, so hat man dort umgekehrt die vorgefundene Monarchie „mit republikanischen Institutionen umgeben". Auch hier ist ein Streit gesetzt zwischen gewaltsam vereinigten, unverträglichen Verfassungselementen, zwischen denen kein Friede, kein gleichmäßiges Ineinandergreifen möglich ist, von denen eines das andere lähmen und endlich überwinden muß. Bis dieß letztere aber auf die eine oder die andere Weise geschehen ist, wie es die Zukunft zeigen wird, wird man nicht umhin können, jenen Staat eine Monarchie, ungeachtet der republikanischen Institutionen, zu nennen, so wie Rom unter August und noch später eine Republik war, ungeachtet der monarchischen Institutionen, mit denen man sie umgeben hatte.[c])

---

c) Laboulaye in dem § 79 empfohlenen Werk [Vorrede S. XVI] nennt die obige Parallele eine Satire gegen die französische Verfassung, zu welcher man nirgends, am allerwenigsten in Berlin berechtigt sei. Ich könnte das Letztere zugeben in dem Sinn, daß der Gesunde des Kranken nicht spotten soll. Nur ist es aus zwei Gründen überflüssig, sich darüber zu erklären, einmal, weil die obige Stelle nicht in Berlin geschrieben, und zweitens, weil sie keine Satire ist.

LXXXVII. Verfassungsgemäß hat der Populus Romanus noch die höchste Staatsgewalt. Unter August und noch später wurde sie in derselben Weise wie früher, in Centuriat- und Tributcomitien ausgeübt, bei der Wahl der Magistrate und der Gesetzgebung. August selbst stimmte in seiner Tribus wie ein anderer Bürger. Diese Souveränität des Volks wurde nie ausdrücklich aufgehoben, sie bestand theoretisch diese ganze Periode hindurch, auch die Gewalt des Princeps wurde von ihr abgeleitet, aber ihre Wirksamkeit hörte allmälich auf. Die Stellung, die dem Princeps eingeräumt ward, verdrängte nach und nach die Ausübung der Volksgewalt. Das Interesse an den öffentlichen Angelegenheiten hatte sich schon am Ende der vorigen Periode bei der Masse des Volks sehr vermindert, jetzt verschwand es gänzlich. Die politische Bedeutung des römischen Bürgerrechts verlor sich: das Recht des Suffragiums wurde bald nicht mehr ausgeübt, da die Comitien eingingen, das Jus Honorum war einerseits ohnedieß für die allerwenigsten Bürger von wirklicher Anwendung, andrerseits verlor es durch die Beseitigung der Volkswahlen, und durch die Abhängigkeit der Ernennung von dem Belieben des Princeps seinen Werth. Niemand konnte sich darum, daß er römischer Bürger war, näher an den obrigkeitlichen Würden fühlen, deren Erlangung von ganz anderen Umständen factisch abhing, und namentlich von der Gunst des Regenten, der auch dem Unfähigen die Fähigkeit sofort verleihen konnte. Es blieb nur die privatrechtliche Seite der Civität von Wichtigkeit, wonach sie die Fähigkeit zu dem Jus Civile gab. Ein Theil des Volks allerdings übte einen bedeutenden Einfluß auf die öffentlichen Angelegenheiten aus, und dieser Einfluß steigerte sich sogar je mehr und mehr; dieser Theil war das Heer, aber seine Einwirkung war so wenig eine geregelte, verfassungsmäßige, als das Heer selbst ein geordnetes Glied des Staatskörpers war, wie es denn durchaus nicht bloß römische Bürger enthielt, und die Nichtbürger in demselben von dem Antheil an jenem Einfluß keineswegs auszuschließen waren. In dieser Macht des Heers begann zugleich ein fremdes Element im Staat seine Herrschaft, denn die Italiener hatte eine stets wachsende Abneigung gegen den Kriegsdienst überfallen, so daß das Heer zuletzt fast ganz aus Ausländern bestand.

Dieser Gang der Dinge wurde nicht wenig befördert durch die Stellung, welche der Senat schon gegen das Ende der freien Republik angestrebt hatte, und die er nun auf Kosten der Freiheit und seines eigenen Ansehens wirklich erreicht zu haben schien, die Stellung nämlich eines besondern, neben das gesammte Volk tretenden Staatskörpers. Das Interesse der Principes stimmte damit überein, daß der Senat die Rechte des Volks an sich zog. Unter Tiberius wurden ihm die Magistratswahlen gegeben, die dem Volk zustanden, zuerst in einzelnen Fällen,[a]) nachher wurde es die Regel, wenn auch vielleicht zuweilen noch Volksversammlungen gehalten wurden, um einer Wahl größere Solennität zu geben.[b]) Man hielt es späterhin für hinlänglich, die Senatsversammlungen selbst, die für Wahlen gehalten wurden, als comitia (centuriata oder tributa) zu bezeichnen, und damit den Schein des alten Rechts zu retten.[c]) Diese Wahl durch Senat und Volk war aber beschränkt durch das Recht des Princeps, Candidaten vorzuschlagen, über welche die Wahl nicht hinausgehen

---

a) Tac. annal. I 15: tum primum e campo comitia (die Wahlcomitien) ad patres translata sunt. Vellei. II 126.

b) Sueton. Calig. 16: tentavit et comitiorum more revocato suffragia populo tradere.

c) Dio Cass. LVIII 20.

durfte, ja sogar ohne weiteres einen zu der Stelle zu ernennen, ein Recht, das unter dem Vorwand eingeführt und ausgedehnt worden war, die Mißbräuche bei der Bewerbung um Aemter gründlich zu heben.[d]) Auch die Wahl des Princeps sollte dem Senat zustehen, aber er war auch hier beschränkt durch die Designation des Nachfolgers von Seiten des Vorgängers, die gewöhnlich in der Form der Adoption geschah, und dem Designirten den Titel Cäsar noch beim Leben des Vorgängers verschaffte. Häufig ward diese Designation durch Uebertragung einzelner Regierungsrechte, die den Nachfolger in den Stand setzten, sich behaupten zu können, befestigt, oder auch durch Ernennung als Mitaugustus ausgeführt. Und wo der Senat von dieser Seite frei gewesen wäre, da wurde er gezwungen, der Autorität des Heers zu folgen, welches sich später gewöhnlich die Wahl anmaßte. Von der Gesetzgebung des Senats wird unten gehandelt werden. Auch die Gerichtsbarkeit (er hatte das Gericht über die Verbrechen der Mitglieder seines Standes) wurde dem Senat durch den Einfluß der Principes verkümmert.[e]) Wie in alter Zeit die Consuln nach Ablauf ihres Amts vor dem Senat Rechenschaft abzulegen hatten, so wurden nun die Acta des Princeps nach dessen Tod vor ihn gebracht, er sollte sie rescindiren können, und das Gedächtniß des Princeps verdammen, oder ihm göttliche Ehren decretiren, ihn zum divus erklären. Aber auch hier war er von dem Willen des jetzigen Herrschers abhängig.[f]) Die berathende Theilnahme des Senats an den Staatsgeschäften hing ganz von dem Befinden des Princeps ab. So hatte er durchweg, was er an Ausdehnung seiner Thätigkeit gewann, an innerer Selbständigkeit verloren. Er sank so tief, daß unter Elagabal die Großmutter und Mutter des Princeps, in deren Händen eigentlich das Regiment war, sich offen als Regenten darstellen, in der Versammlung des Senats erscheinen, Anträge stellen und Beschlüsse gebieten durften, ohne daß es einem dieser vornehmen Männer in den Sinn kam, gegen diesen Unfug zu opponiren. Dahin war es mit dem Senat gekommen, von dem in der glücklichen Zeit des Staats der Abgesandte des Pyrrhus seinem Herrn berichtete, es habe ihm bedünkt, in eine Versammlung von Königen zu treten. — Auch im Senat fand das ausländische Element Raum; seit Claudius wurden viele Provincialen in den Senat gewählt.

Die Stellung des Princeps läßt sich nicht anders bezeichnen, als daß er der höchste Magistrat ist.*) Man kann in der Dictatur, wie sie in den älteren Zeiten der freien Republik vorkam, ein Vorbild seiner Gewalt finden, und den Römern selbst lag diese Vergleichung nahe genug;[g]) Julius Cäsar hatte seine oberste Gewalt in dieser Form erhalten. August aber verwarf diesen Titel als von übler Vorbedeutung, wie auch andere, die das Außerordentliche und Unrepublikanische seiner Herrschaft deutlich ausgesprochen hätten. Es sollte der Schein der Republik gerettet werden, der Principat wurde aus lauter republikanischen Gewalten zusammengesetzt. Keine von diesen erschien als etwas auffallendes und neues, ihre Vereinigung in einer Person und noch mehr ihre lebenslängliche Dauer war es, die diesen Gewalten eine so große Intensität und eine Bedeutung gab, neben der die Republik nur noch als ein verbleichender Schatten übrig blieb. August verband seine Herrschaft zunächst mit dem Con-

d) S. Note a und L. 1 pr. D. de L. iulia ambitus (48, 14).
e) Dio Cass. LVII 20. Tac. ann. III 10. L. 1 § 2 D. a quib. appell. non lic. (49, 2).
f) Vgl. Sueton. Claud. 45, Galba 23.
*) [Ueber die Stellung des princeps vgl. Mommsen Staatsrecht II, 2.]
g) L. un. pr. D. de off. pr. pr. (1, 11).

sultat, zu welchem er sich neun Jahre hindurch ohne Unterbrechung ernennen ließ, mit dieser Gewalt übernahm er sodann die proconsularische als eine fortdauernde, durch die er an die Spitze aller Provinzen des Reichs trat, und ließ sich als imperator perpetuus erklären.[h]) Zu diesem höchsten Imperium, welches ihm den Oberbefehl über das gesammte Heer, das oberste Regiment des ganzen Staats, und eine unbeschränkte Criminalgerichtsbarkeit nicht bloß über die Soldaten, sondern, da er auch in der Stadt Imperator war, über alle Bürger verschaffte, fügte er die potestas tribunicia, unabhängig von der wirklichen Bekleidung des Tribunats, die ihm einen allseitigen Einfluß auf alle Zweige der Regierung gab.[i]) Dazu kam die censorische Gewalt, ebenfalls unabhängig von der Bekleidung der Censur, und die Würde des Pontifex Maximus, wodurch das Religionswesen unter seine Leitung gegeben wurde.[k])

Diese Gewalten wurden den ersten Imperatoren successiv durch verschiedene Leges, den späteren auf einmal durch eine lex imperii, oder lex de imperio übertragen,[l]) welche überdieß ihren Verordnungen Gesetzeskraft beilegte,[m]) sie selbst aber von den beschränkenden Gesetzen entband, sowohl von den gegen Privatpersonen als gegen Magistrate gerichteten.[n]) Der Antrag zu diesem Gesetz ging vom Senat aus,[o]) das Senatusconsultum erhielt sodann die Form eines Volksschlusses. Von der lex de imperio Vespasiani ist ein beträchtliches Bruchstück im 14. Jahrhundert in Rom gefunden worden, wo es noch jetzt sich befindet.[p]) Darin wird dem Vespasian das Recht gegeben, Bündnisse zu schließen, Senatusconsulta zu veranlassen, Personen zu obrigkeitlichen Würden dem Senat und Volk vorzuschlagen, das Pomörium zu erweitern, Verordnungen mit Gesetzeskraft zu erlassen, alles dieses, wie es August, Tiberius, Claudius gehabt haben, von denselben Leges und Plebiscita, von denen diese befreit waren, soll auch er entbunden sein; was er bisher (ante hanc legem rogatam) schon verfügt hat, soll so gültig sein, als wenn es auf Befehl des Volks geschehen wäre. Endlich was jemand kraft dieses Gesetzes, wenngleich gegen andere Gesetze, thut oder unterläßt, das soll ihm auf keine Weise zum Nachtheil gereichen.

In einigen Stellen des justinianischen Rechts wird die lex de imperio principis kurweg lex *regia* genannt.[q]) Nun ist es freilich undenkbar, daß die

---

h) Vgl. über diese schon Cäsar verliehene Gewalt Dio Cass. XLIII 44. 45.

i) Tac. ann. III 66: id summi fastigii vocabulum (potestatis tribuniciae) Augustus repperit, ne regis aut dictatoris nomen assumeret ac tamen appellatione aliqua cetera imperia praemineret. Dio Cass. LIII 32.

k) Ueber diese verschiedenen Bestandtheile des Principats ist die Hauptstelle Dio Cass. LIII 16—19.

l) Dio Cass. LIII 18. *m*) Gai. I 5.

n) Dio Cass. LIII 18. 28. Alexander L. 3 C. de testam. (6, 23), Ulpian. L. 31 D. de legib. (1, 3). Caligula ließ sich durch ein Senatusconsultum von den Vorschriften der Lex Julia und Papia befreien Dio Cass. LIX 15, auf dieselben Gesetze geht auch die angeführte Stelle Ulpians.

o) Tac. hist. I 47: accurrunt patres, decernitur Othoni tribunicia potestas et nomen Augusti et omnes principum honores. IV 3: Romae senatus cuncta principibus solita Vespasiano decernit — IV 6: eo senatus die, quo de imperio Vespasiani censebant.

p) Sehr häufig abgedruckt, unter andern bei Haubold (Spangenberg) monum. legalia p. 221 sqq., wo es fälschlich Senatusconsultum genannt wird. Dieser sonst gewöhnliche Irrthum ist entstanden durch die angeführten Stellen des Tacitus, der nur von dem S. C. spricht, ohne der darauf hin promulgirten Lex zu gedenken, da die letztere eine bloße Formalität war. Das Bruchstück nennt sich selbst lex. [Vgl. Mommsen Staatsrecht II (1877) S. 840 f.].

q) § 6 I. de iure nat. (1, 2). L. 1 § 7 C. de vet. iure enucl. (1, 17). L. 1 pr. D. de const. princ. (1, 4).

Lex schon unter den ersten Imperatoren diesen Namen gehabt hätte, von dem sich auch für jene Zeit keine Spur findet. Dagegen hat es gar nichts auffallendes, daß späterhin, vielleicht schon im dritten Jahrhundert, wo keine Ursache mehr war, die Vergleichung der Imperatoren mit Königen zu vermeiden, jene Bezeichnung wenigstens als eine vulgäre, nicht officielle üblich ward. Wenn manche Gelehrte darum die Sache selbst, die Existenz einer lex de imperio, in Zweifel gezogen haben, so war dies eine höchst unkritische Kritik, die unter andern auch die Folge gehabt hat, daß man ohne Grund die Aechtheit jener Tafel in Frage stellte.[r])

LXXXVIII. Die Grundidee der Staatsregierung war: der Staat ist getheilt zwischen dem Princeps auf der einen und dem Populus und Senat auf der andern Seite. Die Verbindung aber zwischen beiden Theilen liegt im Princeps, denn dieser ist zugleich der höchste Magistrat des Populus, er steht an der Spitze des ganzen Staats, auch des noch der republikanischen Administration hingegebenen Theils. Dem Senat ist der Einfluß auf die Seite des Princeps, nicht so diesem der Einfluß auf die andere entzogen. Der Unterschied war der, daß die Thätigkeit des Princeps in Beziehung auf den Theil des Volks an die äußeren republikanischen Formen gebunden war, in dem seinigen dagegen auch hierin rein durch sein Gutdünken bestimmt wurde. So lange diese Scheidung äußerlich noch beobachtet ward, blieb dem Bewußtsein der Republik noch immer ein gewisses Dasein, manche Imperatoren setzten sich völlig darüber hinweg und am Ende wurde selbst der Schein einer existirenden Republik nicht mehr gefunden. *)

Diese Theilung wurde gleich bei dem Staatsvermögen wirksam. Die bisherige Staatskasse, das aerarium populi romani (oder Saturni), blieb nach wie vor unter der Aufsicht und Disposition des Senats, darum aber freilich nicht von dem Princeps unabhängig;[a]) diesem steht gegenüber der fiscus Caesaris, das Vermögen des Princeps,[b]) welches vermöge der Stellung desselben ebenfalls den Charakter eines öffentlichen Guts annahm, und dem ein bedeutender Theil von Staatseinkünften zugewiesen wurde, theils ordentliche, theils außerordentliche.[c]) Zu den ordentlichen Staatseinkünften gehörten vor allem die Grundabgaben, die aus gewissen Provinzen (§ 93) in das Aerar, aus andern in den Fiscus flossen. Noch am Anfang dieser Periode bestanden sie entweder in einer fixirten Grundsteuer oder in einer Quote des Ertrags, die entweder in Natura oder in Geld geleistet wurde. Schon August scheint in seinen Provinzen die letztere abgeschafft und in ein tributum agri umgewandelt zu haben, später geschah dieß auch in den Provinzen des Volks, so daß unter Mark Aurel die fixirte Grundsteuer die allgemeine war, die in den Pro-

r) „Ihre Aechtheit bezweifeln kann nur ein in diesen Dingen ganz Unkundiger" Niebuhr röm. Gesch. I 356 (2. Ausg.).

*) [Vgl. Hirschfeld Untersuchungen auf dem Gebiete der römischen Verwaltungsgeschichte I 1876 S. 281 ff. Mommsen Staatsrecht II S. 723 ff.]

a) Dio Cass. LIII 16. 22. [Vgl. Mommsen a. a. O. S. 971 f., Hirschfeld a. a. O. I S. 10 f.]

b) Bei Ulpian L. 6 § ult. D. de iure fisci (49, 14): Quodcunque privilegii fisco competit, hoc idem et Caesaris ratio et Augustae habere solet, heißt Caesaris ratio das Vermögen des designirten Nachfolgers, nicht etwa das Privatvermögen des Princeps im Gegensatz zum Fiscus. In der gegenwärtigen Periode wird der fiscus selbst als privatus dem aerarium publicum entgegengesetzt Spartian. Hadr. 7. Plin. panegyr. 26: at non eadem fortasse severitate fiscum qua aerarium cohibes, imo tanto maiore, quanto plus tibi licere de *tuo* quam de *publico* credis. Erst als der Gegensatz von aerarium und fiscus aufhörte, trat der des Fiscus und der res privata principis hervor.

c) So z. B. Tac. annal. II 47. Dio Cass. LXIX 8.

vinzen des Volks stipendium, in denen des Princeps tributum hieß.[d]) Dazu kam noch eine Kopfsteuer, tributum capitis, wahrscheinlich für Personen der niedrigsten Classe, die keine Grundsteuer zahlten.[e]) Neben diesen ordentlichen Abgaben, denen noch die indirecten hinzuzufügen sind: Zölle, Verbrauchssteuern u. s. f., bezog die Staatskasse außerordentliche, die ebenfalls zum Theil dem Aerarium, zum Theil dem Fiscus zufielen. Eine nicht geringe Quelle war die Einziehung von Gütern zur Strafe: publicatio, wenn sie für das Aerar, confiscatio, wenn sie für den Fiscus geschah. August, der eigentlich die Kosten für die Unterhaltung des Heers, das er ausschließlich an sich genommen hatte, aus seinem Fiscus hätte bestreiten müssen, stiftete dafür eine besondere Militärkasse, das aerarium militare, welches er mit verschiedenartigen Einkünften dotirte.[f]) Unter den späteren Imperatoren wurden dem Fiscus immer mehr Zuflüsse aufgesucht, und vieles von dem, was sonst in das Aerarium kam, jenem zugewiesen. Zuletzt wurde auch das Aerar unter die unmittelbare Botmäßigkeit des Princeps gezogen, und dadurch die gänzliche Aufhebung desselben vorbereitet. Die arca publica, von der in der zweiten Hälfte des dritten Jahrhunderts ein Princeps sagt, sie stehe noch unter der Direction des Senats,[g]) ist eine Reliquie des aerarium populi romani, aber im Grunde nichts mehr als eine Stadtkasse, wie sie auch bei andern Communen vorkommt.

Eben so nun zeigt sich die Theilung bei den Aemtern. Es werden magistratus populi romani und die Beamten des Princeps unterschieden. Jene sind die altrepublikanischen, die noch vom Volk oder vom Senat gewählt werden, wenigstens so, daß diese Wahl als eine Form zur Ernennung von Seiten des Princeps hinzukommt. Unter diesen nehmen noch den ersten Platz die Consuln ein; wenigstens der Ehre nach sind sie noch immer die obersten Magistrate, aus den wichtigsten Functionen des Amts, aus dem obersten Regiment des Staats sind sie durch den Principat verdrängt. Von August an geschah es selten, daß die Consuln, die am Anfang des Jahrs waren, und von denen das Jahr den Namen trug (coss. ordinarii), die gesetzliche Zeit hindurch die Würde behielten. Um auch Andern die Ehre des Consulats und den Stand der consulares viri zu verschaffen,[h]) wurden sie gewöhnlich angewiesen, nach Verlauf einiger Monate ihr Amt niederzulegen, welches der Princeps weiter vergab (coss. suffecti). Späterhin blieb nicht leicht ein Consul länger als einige Monate, unter Commodus kam es einmal vor, daß fünf und zwanzig Consuln in einem Jahre waren.[i]) Wenn von dem Consulat in Folge der Verfassungsänderung wenig mehr als der Name geblieben war, so hatte dagegen die Prätur es ihrer Ver-

---

d) Daher praedia stipendiaria, tributaria, Gai. II 21. Fragm. Vat. 61 u. a. [Materiell ist zwischen Stipendium und Tributum kein Unterschied L. 27 § 1 D. de V. S. (50, 16), dieser liegt vielmehr theils in der staatsrechtlichen Begründung, theils in der Erhebung und Verwendung beider. Huschke über den Census und die Steuerverf. der früheren röm. Kaiserzeit 1847 S. 80 f. R.]

e) Ueber diese Gegenstände s. v. Savigny über die röm. Steuerverfassung unter den Kaisern, Abhandl. der berlin. Acad. d. Wissensch. 1822 und 1823, wieder abgedruckt in der Zeitschr. f. gesch. Rechtswiss. VI 5, besonders S. 347 ff. Nachträge dazu (1842) Zeitschr. XI S. 20 ff. [mit einem zweiten Nachtrage (1849) vermehrt: Vermischte Schriften II Num. 16. 1850. Blos auf die dritte Periode geht Huschke's eben angeführtes Werk; eine umfassende Bearbeitung der Steuerverfassung enthält Marquardt Römische Staatsverwaltung II 1876 S. 144—302.]

f) Sueton. Octav. 49. Dio Cass. LV 24. 25. LVI 28.

g) Vopisc. Aurelian. 20. [Vgl. Mommsen Staatsrecht II S. 973, 1.]

h) Doch kam auch schon die Verleihung der Würde eines Consularis, Prätorius u. s. f. an Personen vor, die das Amt nie bekleidet hatten.

i) Dio Cass. XLIII 46. LXXII 12.

bindung mit der Rechtspflege zu verdanken, daß sie keiner wesentlichen Modification unterlag. An der Spitze derselben stehen noch der Prätor urbanus und peregrinus mit denselben Functionen, wie früher, nur daß für einige Gattungen von Rechtssachen zur Erleichterung jener besondere Prätoren bestellt wurden. So waren die Rechtsstreitigkeiten über Fideicommisse, wobei kein Richter bestellt ward, sondern der Magistrat selbst untersuchte und entschied, seit August bald dieser bald jener Behörde für das ganze Reich übertragen worden, Claudius setzte dafür zwei praetores fideicommissarii ein, von denen Titus einen wegnahm;[k]) Nerva bestimmte einen Prätor für die Processe zwischen Fiscus und Privaten, Marcus für die Cognitionen bei Vormundschaftssachen.[l]) Außer diesen war eine Anzahl Prätoren für die Quästiones wie früher bestimmt, auch diese wurde vermehrt; die gewöhnliche Zahl der Prätoren war sechzehn.[m]) Auch Censoren wurden noch gewählt, aber im J. 732 die letzten (Plancus und Lepidus) ohne den Princeps,[n]) nach diesen wurde erst unter Claudius wieder eine Wahl vorgenommen,[o]) und auch nachher von Zeit zu Zeit, außer der alten Ordnung, immer aber so, daß der Princeps selbst einer der beiden Censoren war; späterhin hörte die Wahl ganz auf, und der Princeps nahm den Titel nur an für die Zeit, wo er den Census abhielt.[p]) Den Volkstribunen, obgleich die Zeit selbständiger Wirksamkeit auch für sie vorüber war, gab es doch keinen geringen Zuwachs an Ansehen, daß der Princeps selbst die tribunicia potestas annahm, ja diese als den Kern seiner ganzen Gewalt betrachtete.[q]) Diese höhere Stellung zeigt sich auch darin, daß sie aus dem Senat, selten aus dem Ritterstand gewählt wurden. Gegenüber dem Senat, den republikanischen Magistraten und den Privatpersonen übten sie, soweit sie auf Connivenz von Seiten des Princeps rechnen konnten, eine Macht, welche über die ihnen durch die alte Verfassung gezogenen Schranken hinausging. Außer der Intercession gegen Decrete des Senats oder der Magistrate, hatten sie ein Imperium usurpirt, sie zogen die Vocatio an sich,[r]) und dehnten ihr ius prendendi zu einer Criminalgerichtsbarkeit aus.[s]) Auch die Aedilen maßten sich Rechte der höheren Magistrate an, wie sich aus den Beschränkungen ergiebt, zu denen man auch bei ihnen, wie bei den Tribunen, im Interesse der alten Verfassung sich veranlaßt sah.[t]) Den städtischen Quästoren wurde schon von August die Verwaltung des Aerars entzogen, und besonderen praefecti aerarii, die aus gewesenen oder gegenwärtigen Prätoren genommen wurden, übergeben. Dabei blieb es, nach einer kurzen Unterbrechung unter Claudius, der die Quästoren wieder dem Aerar vorgesetzt hatte.[u]) Diese Maßregel war ursprünglich dadurch veranlaßt, daß es bedenklich schien, Anfängern in der Magistratur,

---

k) Sueton. Claud. 23. Pomp. L. 2 § 32 D. de orig. iur. (1, 2).

l) Capitolin. Marc. 10 Ulpian schrieb einen liber singularis de officio praetoris tutelaris, L. 3. 5. 9 D. de excus. (27, 1) L. 6 § 13 eod.

m) Dio Cass. LVIII 30.

n) Dio Cass. LIV 2.

o) Sueton. Claud. 16.

p) Dio Cass. LIII 18.

q) Wenn Pomponius L. 2 § 34 D. de orig. iur. bei der Recapitulation derer, die in civitate iura reddebant, die tribuni plebis an der ersten Stelle, vor den Consuln, nennt, so folgt er der Vorstellung seiner Zeit von dem Verhältniß ihrer reellen politischen Bedeutung.

r) Gell. XIII 12. S. oben § 79.

s) Beschränkungen wurden versucht unter Nero, selbst diese Versuche aber gingen nicht auf reine Zurückführung des alten Rechts, Tac. annal. XIII 28.

t) S. die vorige Note. Tacitus leitet die Notizen über diese Reactionen mit den Worten ein: manebat nihilo minus quaedam imago rei publicae.

u) Sueton. Octav. 36, Claud. 24. Tac. annal. XIII 28.

welches die Quästoren waren, meistens von jugendlichem Alter, jenes wichtige Geschäft anzuvertrauen; August ließ die Präfecten vom Senat wählen, dann durchs Loos aus den Prätoren bestimmen. Später aber kam die Wahl an die Principes, und dieß diente dazu, das Aerar völlig von diesen abhängig zu machen. Abgesehen von den Provincialquästoren, wurde die Quästur in dieser Periode mehr nur als die Pforte zu den übrigen Aemtern und zum Senat betrachtet, als daß die damit verbundenen Functionen selbst von Bedeutung gewesen wären. Eine solche Expectanz enthielt namentlich die Verleihung der Quästur durch den Princeps, diese Quästoren wurden candidati principis genannt, oder quaestores candidati, auch quaestores principis; sie dienten übrigens während der Quästur dem Princeps dazu, seine Verordnungen im Senat vorzulesen.[v])

Den magistratus romani populi stehen die Beamten gegenüber, welche von dem Princeps diesem oder jenem Verwaltungszweig vorgesetzt werden, und deren gewöhnlicher Titel praefectus ist. Sie werden durchgängig unmittelbar vom Princeps gewählt, sie sind Delegirte desselben, ihre Gewalt bestimmt sich in intensiver und extensiver Hinsicht lediglich durch den Auftrag, den er ihnen giebt. Eben so hängt die Dauer ihres Amts rein von seiner Willkür ab. In allen diesen Rücksichten bestehen keine gesetzlichen Regeln, wie bei den republikanischen Magistraten, obwohl sich darin ein gewisses Herkommen bildete. Die wichtigsten dieser Präfecten sind der praefectus urbi, den August anfangs außerordentlicher Weise einsetzte, um seine Stelle in Rom bei seiner Abwesenheit zu vertreten, den er aber nachher, wie auch die folgenden Principes, als einen ständigen Beamten beibehielt: für die Polizei, Criminal- und oberste Civiljurisdiction im Namen des Princeps,[w]) und die praefecti praetorio, ursprünglich nichts als die Anführer der Prätorianer, der Leibwache des Princeps, mit deren Einfluß sich auch die Bedeutung ihres Vorgesetzten erhöhte. Unter mißtrauischen oder wirklich bedrohten Fürsten erschienen diese Präfecten als die Stützen der gesammten Regierung. Solche fanden es gerathen, ihnen einen entsprechenden Antheil an der Verwaltung zu geben, für deren Sicherheit und Stärke ihre Hülfe nicht zu entbehren war. So wurden die Präfecten Staatsbeamte, und zwar die vornehmsten und ersten nach dem Princeps, mit einer Gewalt von nicht geringerem Umfang, als die der Principes selbst, nicht selten waren sie die eigentlichen Regenten des Reichs.[x]) Wie bedeutend die Gewalt der Präfecti prätorio unter den späteren Imperatoren geworden war, davon giebt eine Aeußerung Papinian's Zeugniß, der, als Caracalla ihn zum Tod führen ließ, dieß als ein Attentat bezeichnen konnte, welches kein Nachfolger im Amt so thöricht sein werde, ungerochen zu lassen.[y]) Außer diesen wurde eingeführt der praefectus vigilum, Vorgesetzter der für die Nachtwache in Rom bestimmten Truppen, mit Criminalgerichtsbarkeit gegen Brandstifter, Diebe, Räuber und ihre Gehülfen,[z]) der praefectus annonae, dem die Beaufsichtigung

---

v) Ulpian. L. un. § 2—4 D. de off. quaest. (1, 13) Lamprid. Alex. 43: quaestores candidatos ex sua pecunia iussit munera populo dare, sed ita ut post quaesturam praeturas acciperent et inde provincias regerent. Auch praetores candidati kommen vor Orelli inscr. 133. 3042. 3151. Die Eitelkeit jener Zeit fand das Beiwort, welches auf eine unregelmäßige Ertheilung der Würde hinwies, ehrenvoll.

w) Dig. I 12: de officio praefecti urbi. Tac. ann. VI 11.

x) Dig. I 11: de officio praefecti praetorio. Tac. ann. IV 1. 2.

y) Spartian. Carac. 8.

z) Dig. I 15: de officio praefecti vigilum. Sueton. Octav. 30.

der Getreidezufuhr nach Rom übertragen ward. Die praefecti aerarii sind schon oben genannt, ebenso wurden dem aerarium militare Präfecten vorgesetzt.

Außer jenen republikanischen Magistraten bis zu den Quästoren herab blieben auch die in der vorigen Periode (§ 79) erwähnten vigintiviri, zu denen noch neue kamen: curatores aquarum, cloacarum, alvei Tiberis, operum publicorum, frumenti populo dividundi u. s. f.[aa]) Es waren gegenüber jenen geringere Aemter, die aber den Ehrgeiz der mit einer beschränkteren Sphäre des Lebens sich begnügenden Bürger noch immer zu befriedigen im Stande waren, und durch welche der Princeps einer Menge von Personen Beschäftigung gab, die völliger Müßiggang vielleicht zu gefährlichen Unternehmungen verlockt hätte. Ein ähnlicher Gedanke mag bei der Einrichtung des album iudicum durch August mitgewirkt haben. Unter die darin verzeichneten Richter gewählt zu werden, war nach dem Gesetz Cäsar's (§ 71 a. E.) ausschließliches Vorrecht der beiden obersten Stände, der Senatoren und Equites, Antonius hatte wieder eine dritte Decurie hinzugefügt, in die er ohne Rücksicht auf den Census Richter aus den ihm ergebenen Truppen berief;[bb]) diese Neuerung erhielt sich nicht, doch fand August drei Decurien vor, oder errichtete sie, indem er vielleicht aus dem Ritterstand zwei Decurien bildete. Denn es werden equites romani schlechtweg, die es bloß durch den Census sind, und equites equo publico unterschieden, die von dem Princeps in die turmae equitum aufgenommen sind, und nicht mehr wie früher den Ritterdienst bei den Legionen leisten, sondern durch die sogenannte Verleihung des equus publicus die Anwartschaft auf Verwendung im höheren Militär- oder Civildienst erhalten.[cc]) Die gewöhnliche Ernennung des designirten Nachfolgers im Principat zum princeps iuventutis hängt damit zusammen, er wurde als der Erste dieser Equites betrachtet. Unter ihnen wurden dann wieder die ausgezeichnet, welche nicht bloß den Rittercensus (400 000 Sesterze, ungefähr 20 000 Thaler) nebst der freien Abstammung im dritten Grad (ingenuus ipse, pater avusque paternus), sondern den Senatorencensus (durch August von 800 000 auf eine Million, nachher auf 1 200 000 Sesterzen erhöht) besaßen; diese heißen illustres equites, sie haben die senatorische Tunica) den latus clavus) und sind fähig zum Volkstribunat.[dd]) Jenen drei Decurien Judices nun fügte August eine vierte hinzu, decuria ducenariorum genannt, wahrscheinlich von dem Census von wenigstens 200 000 Sesterzen, der dazu erfordert wurde; er bestimmte sie für die geringeren Rechtshändel. Dadurch erreichte er den doppelten Zweck, diesen Bürgern eine öffentliche Stellung zu geben, und zugleich den Reicheren den Richterberuf, der ihnen eine Last war, zu erleichtern.[ee]) Caligula ging noch weiter, und setzte eine fünfte Decurie ein, unter Galba betrachteten auch die geringeren Classen das Richteramt nicht mehr als eine wünschenswerthe Ehre, der Princeps lehnte aber die Einsetzung einer sechsten ab.[ff])

---

aa) Sueton. Octav. 37: quo plures partem administrandae reipublicae caperent, nova officia excogitavit. [Ueber die praefecti frumenti dandi vgl. Mommsen im Hermes IV 1869 S. 364, über die comites der früheren Kaiserzeit ebendaselbst S. 120 f.]

bb) Cic. philipp. I 8 V 5. 6. XIII 2.

cc) Zumpt über die röm. Ritter und den Ritterstand in Rom 1840 S. 34 ff.

dd) Tac. ann. XI 4 (Lips. ad h. l.) XVI 17. Dio Cass. LIV 30.

ee) Sueton. Octav. 32.

ff) Sueton. Calig. 16, Galb. 14.

Verfassung Italiens und der Provinzen.

LXXXIX. Das Reich war in drei Theile getheilt: Rom, Italien, Provinzen. Rom war der Mittelpunkt des Ganzen, die Stadt stellte den Staat dar, alle wirklichen Staatsbürger waren Bürger von Rom,[a]) der römische Senat Reichssenat, die römischen Magistrate Staats-, nicht bloße Stadtbehörden. Unter den beiden andern Bestandtheilen des Reichs ist der zweite noch immer vor dem dritten mit bedeutenden Vorrechten versehen.

Die Vorzüge Italiens vor den Provinzen lassen sich auf drei Punkte zurückführen:

1) Der italische Boden hatte die Fähigkeit, im römischen (quiritischen) Eigenthum zu stehen, und Gegenstand aller andern Verhältnisse und rechtlichen Thatsachen zu sein, welche dadurch bedingt werden, während der Provincialboden dem Verkehr des eigentlichen Ius civile entzogen war. Dieser Unterschied zwischen praedia italica und provincialia ist noch in dem Recht der gegenwärtigen Periode von durchgreifender Wichtigkeit. Jene Eigenschaft des Commerciums ist übrigens nur als eine potentielle, nicht als eine actuelle zu fassen. Manche italische Grundstücke sind dem Commercium entzogen, weil sie als den Göttern geweihte dem divinum ius angehören, oder weil sie Staatsgut sind, aber das Hinderniß des Commerciums liegt hier niemals in der natürlichen Eigenschaft des Bodens. Diese dagegen, nämlich die Lage desselben, ist es, welche das Provincialgrundstück von jenem Verkehr ausschließt, nicht ein Hinderniß jener Art, dessen Beseitigung es dem Commercium überliefern könnte. Die Provinzen stehen unter der Herrschaft des römischen Staats, dieser Herrschaft sind wie das Land, so auch die einzelnen Theile desselben, die Grundstücke unterworfen, darum nehmen die römischen Juristen ein Eigenthum des Staats an dem Provincialboden an;[b]) dieß ist aber nicht der Grund, warum römisches Eigenthum daran nicht stattfindet, denn bei den von der römischen Herrschaft befreiten Ländern tritt doch dieselbe Unfähigkeit des römischen Eigenthums ein.[c]) Der römische Jurist will denn auch in der That durch jenes Obereigenthum des Staats nicht die Unstatthaftigkeit des quiritischen Eigenthums erklären,[d]) sondern er sucht daraus den Satz abzuleiten, daß das Recht der Einzelnen daran überhaupt kein Eigenthum (weder quiritisches, noch anderes), sondern bloß possessio und ususfructus sei. Zunächst ist es ihm in der angeführten Stelle nur darum zu thun, nachzuweisen, daß der Besitzer nicht die Macht habe, den Boden zum locus religiosus zu machen. Ob nicht vielleicht Andere noch weitere, für die Privatrechte gefährlichere Folgerungen daraus zu ziehen versucht haben, muß dahin gestellt bleiben.

2) Italien war weder der Grund- noch der Kopfsteuer unterworfen.[e]) Die diesen Steuern analogen Abgaben waren Communalabgaben, die in die Kassen der einzelnen Städte, nicht in die Staatskasse flossen. Von den außerordentlichen Abgaben an die Staatskassen, z. B. der vicesima von testamentarischen Erbschaften, der vicesima von dem Werth freizulassender Sclaven,[f]) der

---

a) Roma communis nostra patria est Modestin. L. 33 D. ad. munic. (50, 1).
b) Gai. II 7. 21.
c) Savigny Zeitschrift VI S. 355.
d) Auch nicht die Verpflichtung zur Grundsteuer.
e) Savigny Zeitschr. VI S. 355 ff. XI S. 21 ff.
f) Nach einem Gesetz vom J. R. 397 Liv. VII 16.

vindicatio caducorum nach der Lex Julia und Papia, war auch Italien nicht befreit, ebenso wenig von den indirecten Steuern, so weit diese nicht einen communalen Charakter hatten.[g]) Somit ist allerdings die italische Steuerfreiheit nicht eine Freiheit von allen öffentlichen Abgaben, und es steht daher nicht in Widerspruch damit, wenn eine besondere (auf einzelne jener Abgaben, z. B. auf die Hafenzölle sich beziehende) Immunität einzelner italischer Städte erwähnt wird.[h]) Zu den Steuern dieser Periode gehört aber nicht mehr die Eigenthumssteuer nach dem Census, die nach dem macedonischen Krieg nicht weiter erhoben worden ist, wenn auch zuweilen noch die Abgabe einer gewissen Quote des Vermögens, z. B. des zehnten Theils unter den Triumvirn,[i]) neben andern vorübergehenden Erpressungen vorkam.[k]) Eine Abgabe dagegen, die sich auf den Grundbesitz bezieht, kommt vor, welche der größte Theil von Italien zu leisten hatte, die annona, eine Naturallieferung von Feldfrüchten, von welcher nur die Umgebung Roms frei war; der befreite Theil Italiens wird daher als Italia urbicaria der Italia annonaria entgegengesetzt.[l]) Dieß war ein Uebergang zu der völligen Gleichstellung Italiens mit den Provinzen hinsichtlich der Steuern, welche unter Diocletian eintrat (§ 122).

3) Die italischen Städte hatten eine bis auf einen gewissen Grad selbständige Verwaltung ihrer inneren Angelegenheiten. Diese Städteverfassung, die zugleich auf die Rechtspflege und Gerichtsverfassung einen beträchtlichen Einfluß hatte, ist nun näher darzustellen.[m])

XC. Die Hauptquellen für die Städteverfassung Italiens sind die Excerpte aus den römischen Juristen in der justinianischen Gesetzgebung,[a]) sodann Bruchstücke von zwei Volksschlüssen über diesen Gegenstand aus dem Anfang des achten Jahrhunderts der Stadt. Ueber die Beschaffenheit dieser soll nun vor allem das Nähere mitgetheilt werden.

Am Meerbusen von Tarent wurden 1732 zwei zu einander passende Stücke

---

g) Solche, die den Staat überhaupt betrafen, waren die Hafenzölle, portoria, die für die italischen Häfen durch eine Lex Cäcilia 692 aufgehoben (Dio Cass. XXXVII 51. Cic. Att. II 16), von Cäsar wiederhergestellt wurden Sueton. Iul. 43.

h) Eine solche hatte Brundusium durch Sulla Appian. bell. civ. I 79, Cäre durch Pius erhalten Orell. inscript. 3692. Wenn Walter (Gesch. des R. R. S. 305) die letzte Stelle gegen die von Savigny behauptete Steuerfreiheit Italiens anführt, so beruht diese angebliche Widerlegung auf einem Mißverständniß; Savigny hat nur die Freiheit von der Grund- und Kopfsteuer behauptet, s. z. B. Zeitschrift V S. 254. [Vgl. Walter 3. Aufl. 1860 I § 325.]

i) Dio Cass. XLVII 16, vgl. auch Appian. bell. civ. 32.

k) Mit Unrecht sieht Walter a. a. O. dieß als eine Wiedereinführung der alten Censussteuer an.

l) Savigny Zeitschrift VI S. 356. [Nach der richtigeren Erklärung Sirmond's (opp. Venet. 1728 vol. IV), welche von Jac. Gothofredus (de regionibus suburbicariis 1618, Comm. ad C. Theod. II 16, 2), dem die Neueren folgen, ohne hinreichenden Grund bestritten ist, bestand der ganze Unterschied darin, daß die annonarischen Landschaften an den kaiserlichen Hof, die urbicarischen an die Hauptstadt Naturallieferungen zu machen hatten, welche letzteren freilich die minder drückenden waren. Den Grund dieser Eintheilung legte übrigens erst Maximian (Aur. Victor. Caes. 39, 31. 32, vgl. mit Treb. Pollio Trig. tyr. 24, wo pars Italiae nicht mit Savigny Verm. Schriften II 109 auf das ganze Land, sondern die Diöcese Norditalien zu beziehen ist): Mommsen in den Schriften der röm. Feldmesser 1852 II S. 198 f. R.]

m) Die beste Darstellung dieses Gegenstandes enthält Savigny's Geschichte des R. R. im Mittelalter B. I Kap. 2. Eine ältere gründliche Schrift über die Municipalverfassung ist F. Roth de re municipali Romanorum 1801. [Vgl. Emil Kuhn Beiträge zur Verf. des röm. Reichs 1849 Num. I. Ueber die Gemeindelasten; Derselbe, die städtische und bürgerliche Verfassung des römischen Reichs bis auf Justinian 1864. 1865; Marquardt Staatsverwaltung I 1873 S. 1 ff.]

a) Dig. L. 1—12.

einer Tafel von Bronze gefunden,[b]) die auf der einen Seite eine griechische, auf der andern eine lateinische Inschrift trägt. Jene enthält ein Psephisma der Stadt Heraklea, in deren Gebiet die Bruchstücke gefunden wurden, diese einen römischen Volksschluß, offenbar in einer Abschrift, die für jene Stadt gemacht worden war. Der uns überlieferte Theil desselben (163 Zeilen) giebt theils polizeiliche auf Rom sich beziehende, theils Bestimmungen über die Municipalverfassung: Fähigkeit zum Decurionat, zu Magistraturen, über den Census in den italischen Städten, über Aenderungen in den bisherigen Gesetzen der Städte.[c]) Man nannte dieses Gesetz, so lange der wahre Name desselben unbekannt war, tabula heracleensis. Jetzt hat Savigny den Namen der Lex entdeckt, und theils durch diese Entdeckung selbst, mit der er seine früheren Untersuchungen über die Municipalverfassung gekrönt hat, theils durch die sich anschließenden Erörterungen ein neues Licht über ihren Inhalt, wie überhaupt über die Verhältnisse, auf die sie sich bezieht, und von denen sie bedingt war, verbreitet.[d]) Er hat nachgewiesen, daß die Tafel ein Bruchstück der lex iulia municipalis von Cäsar (709) enthält, eines Gesetzes, dessen Existenz, Zeitalter und Bedeutung ebenfalls erst durch ihn festgestellt worden ist. Es ist das Gesetz, welches die Grundlage der städtischen Einrichtungen dieser Periode war, von den römischen Juristen vielfach commentirt wurde, und noch in der justinianischen Gesetzgebung in der Ueberschrift des Pandektentitels (50, 1): ad (legem) municipalem vorkommt.

Indessen enthält die herakleische Tafel gesetzliche Bestimmungen über sehr verschiedene Gegenstände. Sie beginnt mit der Anordnung gewisser Professiones, die vor dem Consul zu Rom zu machen, aufzuzeichnen, und in albo auf dem Forum, so wie bei Getreideaustheilungen an dem Ort der Vertheilung auszustellen sind. Von diesen Aufgezeichneten soll keiner bei den Vertheilungen Getreide erhalten.[e]) Sodann (Z. 20 ff. der Tafel) folgen Bestimmungen,

---

b) Das eine kam nach England, von da (1760) nach Neapel, wohin das andere bald nach der Entdeckung gebracht worden war. Zuerst wurde das erste edirt von Maittaire 1736, beide Stücke von Mazochi: Commentariorum in regii herculanensis musei aeneas tabulas heracleenses P. I. II Neap. 1754. 1755 fol.

c) Abgedruckt außer dem angeführten Werk, in Hugos civil. Magazin III 19, Marezoll fragmentum legis romanae in aversa tabulae heracleensis parte Gotting. 1816. Haubold (Spangenberg) monumenta legalia (1830) num. 16 p. 99 sqq. [Die lithographirten Tafeln giebt Ritschl tab. XXXIII. XXXIV, den Text Mommsen im C. I. L. vol. I n. 206.]

d) Savigny: „der römische Volksschluß der Tafel von Heraclea," (1838) Zeitschrift IX 11. Nachtrag dazu (1842) Zeitschrift XI S. 50 ff. [Zweiter Nachtrag (1849) Vermischte Schriften (1850) III Num. XXXIV S. 401—412. Mazochi besaß alles entscheidende Material, er nennt sogar den richtigen Namen des Gesetzes ganz vollständig, dennoch war er, so nahe bei der Entdeckung des Zusammenhanges, so weit von ihr entfernt, daß er unter dieser lex iulia municipalis die um ein halbes Jahrhundert ältere Lex Julia über die Civität der Socii [§ 64] verstehen konnte. — Gegen die Identität erklärt sich Zumpt comm. epigr. 1860 p. 82—92, welcher die Tafeln von Heraclea für drei Abschnitte eines Julischen Gesetzes kraft der Sittenpräfectur (708), die lex iulia municipalis § 92 s hingegen für eine davon ganz verschiedene Städteordnung Cäsar's oder August's hält. In ähnlicher Weise faßt Marquardt Handb. der röm. Alterth. 1851 III S. 50 die Tafeln als ein Regulativ für den Census in Italien auf. Wir kennen aber keine andere lex iulia municipalis, auf welche die inneren Verhältnisse der Stadtgemeinden zurückzuführen wären, denn die Lex über die Transpadaner v. J. 705 ist zu speciell und August's oratio de statu municipiorum betraf bloß die äußeren. Vgl. Rudorff gromatische Institutionen (Schriften der röm. Feldmesser 1852) S. 404. Göttling's (fünfzehn röm. Urkunden 1845 S. 63) Meinung über den municipalen Ursprung der Tafel ist bereits von Zumpt widerlegt worden. R.] — Frühere Commentarien über den Volksschluß von Marezoll a. a. O., von Dirksen (Observ. ad tab. her. partem alteram 1817, Civilist. Abhandl. II 2 1820).

e) Sueton erzählt von Cäsar (Iul. 41): ex viginti trecentisque millibus accipientium

wodurch die Eigenthümer der anliegenden Gebäude zur Erhaltung der Straßen und Steige (semitae) in Rom verpflichtet werden, ferner über das Befahren dieser Straßen, und über die Benutzung der öffentlichen Plätze in Rom. Erst mit Z. 83 beginnen die Bestimmungen über die Senate und Magistrate in den municipia, coloniae, praefecturae, fora, conciliabula civium romanorum.

Daß das Vorhergehende ebenfalls einem Gesetz Cäsar's entnommen ist, leidet keinen Zweifel, nur das kann als problematisch erscheinen, ob alle diese Anordnungen einem und demselben Gesetz angehören, oder ob sie nicht aus verschiedenen Gesetzen des Dictators zu einem besonderen unbekannten Zweck späterhin auf dieselbe Tafel zusammengeschrieben wurden. Savigny hält es für Ein Gesetz, eine sogenannte lex satura, welche Gegenstände verschiedener Art (um Zeit zu sparen) umfaßt, er verwirft sogar das Bestreben, einen Zusammenhang der verschiedenen Theile auf irgend eine Art zu entdecken. Unter dieser Voraussetzung würde der Name lex municipalis nur auf den zweiten Theil des Gesetzes passen, das Beiwort municipalis würde nicht das ganze Gesetz, sondern nur einen Abschnitt desselben bezeichnen, wie lex iulia de fundo dotali nur ein Kapitel der lex iulia de adulteriis bedeutet. Mir scheint folgendes das Wahrscheinlichste zu sein. Als ausgemacht darf betrachtet werden, daß wir auf der herakleischen Tafel nicht den ganzen Inhalt der Lex Julia über die Municipien haben. Die übrigen, sehr beträchtlichen Bestimmungen über die Städteverfassung müssen den uns erhaltenen entweder vorausgegangen oder nachgefolgt sein. Das letztere ist nicht anzunehmen, der letzte Satz der Tafel ist von der Art, daß er sehr passend den Schluß des Gesetzes bildete. Auch die Benutzung einer auf der einen Seite schon beschriebenen Tafel ist natürlicher bei der letzten eines auf mehreren Tafeln verzeichneten Gesetzes, als bei einer vorhergehenden. Nicht weniger ist es der wahrscheinliche Inhalt der fehlenden Bestimmungen (über die Verwaltung der städtischen Angelegenheiten durch die Senate und Magistrate, über die Amtsgewalt dieser letzteren, und die Verhältnisse der Stadtbürger), welcher ihre Stellung vor dem uns überlieferten Theil des Gesetzes wahrscheinlich macht. Sind nun diese Vorschriften vorausgegangen, so daß jene in die römische Stadtpolizei einschlagenden Bestimmungen zwischen ihnen und den erhaltenen Municipalrechtssätzen standen, so wird die Annahme eines inneren Zusammenhangs der Polizeiverordnungen mit den Municipalrechten nothwendig. Hier scheint folgende Verbindung die natürlichste. Die auf die Getreidespenden sich beziehenden Stellen betreffen ohnedieß auch die italischen Bürger.[f]) Ebenso aber sollten auch die Vorschriften über die Straßen und Plätze auf die Municipien angewendet werden,[g]) ohne Zweifel war im Vorhergehenden bei den Vorschriften über die Functionen der Stadtbehörden darauf verwiesen worden; nachträglich wurde nun das darüber bestehende Gesetz selbst zur Nachachtung aufgenommen. So enthält also die Tafel von Heraklea nur ein Gesetz, und dieses Gesetz ist seinem ganzen Inhalt nach eine lex

frumentum e publico ad centum quinquaginta retraxit. Vgl. Dio Cass. XLIII 21. — Die Veränderung der Stelle des Gesetzes: ne cui eorum, quorum nomina hac lege — in tabula in albo proposita erunt, frumentum dato — in proposita *non* erunt ist ohne Grund.

f) Vgl. Appian. de bell. civ. II 120.

g) Cäsar ließ sich nicht bloß die öffentlichen Bauten Rom's, sondern auch der italischen, ja der vornehmsten Provinzialstädte angelegen sein Sueton. Iul. 28. [Vgl. Mommsen C. J. L. vol. I p. 124: Mihi ideo videtur Caesar sic rogasse, ut palam fieret, urbem Romam imperii locum obtinere desiisse et inter imperii Romani municipia factum esse primum; eodemque refero, quod ex hac lege nemini, nisi qui duo plurave domicilia habet, licet Romae censeri (v. 157)].

municipalis, wenn auch manche Bestimmungen desselben nicht die Municipien ausschließlich betreffen, noch auch für sie erst besonders gemacht worden sind.

Als im Jahre 711 Gallia Cisalpina aufhörte, Provinz zu sein, und zu Italien gezogen wurde (§ 65), ihre Städte daher die Verfassung der italischen erhielten, und namentlich eine eigene städtische Jurisdiction, statt der des Proconsuls, wurde den Municipalmagistraten nicht die unbeschränkte Jurisdiction übertragen. Das ordentliche Verfahren allerdings, wobei die Thätigkeit des Magistrats hauptsächlich in der Bestellung des Richters und dessen Instruction durch eine formula (der eigentlichen iurisdictio) bestand, sollte ihnen zukommen, nur wurde auch hier bei gewissen Rechtssachen ihre Gerichtsbarkeit auf eine gewisse Summe (15000 Sesterze) beschränkt, über die hinaus solche Sachen vor den römischen Prätor gebracht werden sollten. Das außerordentliche Verfahren, welches die römischen Juristen nicht aus der Jurisdictio, sondern aus dem Imperium ableiten (§ 79 Note p), wurde den Stadtmagistraten nicht verwilligt; in solchen Fällen sollte stets, ohne Rücksicht auf die Größe des Streitgegenstandes, der römische Prätor angegangen werden. Nur in gewissen Rechtssachen und für gewisse Verfügungen dieser Art schien es zweckmäßig und unbedenklich, die Befugniß zu diesem außerordentlichen Verfahren, bei dem der Magistrat selbstthätiger eingriff, den Stadtbehörden ausnahmsweise zu überlassen. Diese exceptionelle Stellung der Municipalmagistrate forderte eine genaue Ordnung des Verfahrens, in welcher für die verschiedenen Gattungen von Rechtssachen die Grenze ihrer Jurisdictionsbefugnisse festzusetzen, ihre Theilnahme an der Erledigung solcher Fälle, auf welche jene Stellung Einfluß hatte, zu bestimmen, und die Art und Weise der Thätigkeit, die ihnen dabei zukommen sollte, vorzuschreiben war.

Dieß geschah durch einen Volksschluß, der ohne Zweifel gleichzeitig mit der Aufhebung der Provinzialverfassung gegeben ward, und dessen Inhalt, soweit er uns überliefert ist, die so eben beschriebenen Verhältnisse darthut.[h])

Von diesem Gesetz ist 1760 in den Ruinen von Veleja eine Tafel aufgefunden worden, die sich in dem Museum zu Parma befindet. Sie hat oben die Zahl IIII, so daß also das Gesetz, das auf dieser Tafel nicht zu Ende geht, wenigstens fünf Tafeln umfaßt haben muß. Das Gesetz ist in Kapitel getheilt, von denen auf dieser (in zwei Columnen getrennten) Tafel das Ende des 19 steht: die Fortsetzung eines Baus, die der Municipalmagistrat gegen eine eingelegte operis novi nuntiatio in rechtlicher Ordnung gestattet hat, soll respectirt werden; das 20: den Municipalmagistraten wird das Decret, wodurch die damni infecti cautio auferlegt wird, überlassen, und das dabei zu beobachtende Verfahren vorgeschrieben; das 21: beschränkte Gestattung der Execution gegen einen, der auf pecunia certa credita, doch nicht über 15000 Sesterze, belangt sofort eingesteht, oder sich nicht auf die Klage einlassen will; das 22: Entziehung der Executionsbefugniß im gleichen Fall bei allen andern Rechtssachen, die zur Competenz der Municipalmagistrate gehören; Anfang des 23: von dem Erbtheilungsproceß.[i])

---

h) Puchta über den Inhalt der lex rubria de Gallia cisalpina Kleine civil. Schriften 1851 S. 518 ff. Beides, die Aufhebung der Provinzialverfassung und die Ordnung des Verfahrens, ist ohne Zweifel durch zwei verschiedene Gesetze festgesetzt worden, jenes durch eine lex centuriata, dieses durch ein Plebiscit.

i) Die Tafel ist zuerst edirt worden 1780 (in Carli antichità Italiche), zuletzt 1820 von Pietro di Lama; abgedruckt in Hugos civilistischem Magazin II 20 (1797) und Haubold (Spangenberg) monum. legal. num. 21 (hier nach Dirksen observationes ad selecta legis G. C.

Man hat dieses Gesetz sonst Lex Galliae cisalpinae, oder de Gallia cisalpina genannt; der wahre Name desselben ist lex rubria.[k])

XCI. *)In allen italischen Städten bestand ein Senat, wie in Rom, dort ordo decurionum genannt (später curia, seine Glieder curiales); den Decurionen gegenüber heißen die übrigen Bürger plebeii, der Name municipes begreift alle Bürger, wird aber später vorzugsweise von den Decurionen, als den Repräsentanten der Gemeinde gebraucht. Die Wahl in diesen Senat geschieht durch die höchsten Magistrate der Stadt, die Lex Julia schließt die Infamen aus, ein Census von 100000 Sesterzen war dazu erforderlich.[a]) Später ergänzte sich der Ordo durch eigene Wahl,[b]) wenn nicht Söhne des gewesenen Decurio existirten, auf die sich die Stelle des Vaters vererbte, ein bestimmtes Vermögen war nicht mehr erforderlich.[c]) Die mit dem Decurionat verbundenen Lasten ließen ihn schon in der zweiten Hälfte dieser Periode nicht mehr als eine wünschenswerthe Würde erscheinen. Die Decurionen werden in ein album decurionum eingezeichnet nach der Ordnung, welche theils die persönliche Würde, theils die Zeit des Eintritts bestimmt. Nach diesem Verzeichniß richtete sich die Abstimmung, und was noch wichtiger war, die Pflicht, Aemter zu übernehmen.[d]) Die Fassung eines Beschlusses, decretum ordinis, fordert die Anwesenheit von wenigstens zwei Drittheilen der Mitglieder.[e])

---

capita 1812); einige wesentliche Verbesserungen des Textes giebt Huschke de actionum formulis, quae in L. rubria exstant 1832 [wiederholt in Huschke Gaius 1855 S. 203 f. Eine deutliche Anschauung der Tafel erhalten wir erst durch die Lopez'sche Copie in Legis rubriae pars superstes, ad fidem aeris parmensis exemplo lithographo exprimendam curavit Frid. Ritschelius 1851 4⁰ und jetzt durch Ritschel's tab. XXXII zum ersten Band des C. I. L.; den Text giebt Mommsen im C. I. L. vol. I (1864) n. 205, wo übrigens die Zeit des Erlasses schon in das Jahr 705 gesetzt wird. Wie nachlässig die Abschrift für das Tabularium von Veleia verfertigt wurde, beweist die Lücke Z. 21, wo zwischen esto und Quo minus offenbar die das Romam reiicere betreffende Vorschrift selbst ausgelassen und nur ihre Contumacialfolge aufgenommen ist, ohne Zweifel, weil der Abschreiber durch die gleiche Endung esto irre geführt wurde. — Uebrigens paßt die im Text dem Gesetz untergelegte specielle Absicht zu der Fassung und dem Inhalt der erhaltenen Capitel nicht: die Versagung der Missio beim damnum infectum c. 19 und in der übrigen Jurisdiction c. 22 Z. 50, die ängstliche Beschränkung der Einkerkerung im Stadtgefängniß auf liquide Geldschulden c. 21, die Exemtion aller wichtigen Sachen (causae maiores, liberales, famosae L. 104. 106 D. de R. I. 50, 17 L. 36 D. de obl. et act. 44, 7 L. 1 D. de sep. viol. 47, 12) von der ordentlichen Jurisdiction (Z. 27), endlich das bloß commissarische Verhältniß zu den römischen Gerichten, c. 22 Z. 40—50, deutet auf eine Schmälerung, nicht aber auf eine exceptionelle Erweiterung der Municipaljurisdiction hin, selbst das unvollständige c. 23 läßt noch so viel erkennen, daß nicht von dem außerordentlichen Collationsdecret, sondern von dem Forum der ordentlichen Erbtheilungsklage am Wohnort des Erblassers L. 1 D. de quib. reb. 11, 2. L. 3 § 1 D. de V. S. 50, 16) die Rede war. Der Zweck der Lex Rubria ging demnach vielmehr dahin: die Jurisdictionsverhältnisse der vom Imperium des Provinzialstatthalters frei gewordenen cisalpinischen Städte gegenüber den römischen Behörden zu ordnen, dieß geschah in Rücksicht der gesammten Civilrechtspflege und, wie die Folge der erhaltenen Capitel ergiebt, in der Ordnung des Edicts, vgl. Rudorff Zeitschrift f. Rechtsgeschichte III (1863) S. 75—83. Ein Vorzug vor den übrigen Municipien Italiens, ja der ältern Provinzen § 67 d ist dagegen nirgends wahrzunehmen. R.]

k) Puchta über den Namen der s. g. L. G. C. Kleine civil. Schriften 1851 S. 71 ff. Civilist. Magazin VI 6. Dazu die Note h angeführte Abhandlung S. 530 ff.

*) [Zum folgenden vgl. Marquardt röm. Staatsverwaltung I S. 502 ff.; über neu gefundene Quellen s. u. § 109 b.]

a) Plin. epist. I 19. *b*) Papin. L. 6 § 5 D. de decur. (50, 2).

c) Dieß geht hervor aus einem Rescript von Marcus und Verus: man solle bei der Wahl der Magistrate die dürftigen Decurionen verschonen L. 6 pr. D. de muner. (50, 4).

d) Dig. L. 3: de albo scrib. L. 6 pr. cit. Ein Album der Stadt Canusium v. 223 s. bei Orell. inscript. 3721 (vgl. oben § 58 Note d).

e) Dig. L. 9: de decretis ab ordine faciendis. In vielen Inschriften werden solche

Bei den städtischen Aemtern werden unterschieden munera und honores.[f] Munera publica sind überhaupt Leistungen, die jemanden zum Besten des Gemeinwesens, dem er angehört, auferlegt sind.[g] Sie bestehen entweder in Diensten ohne Geldaufwand, munera personalia, oder in einer Vermögensleistung, munera patrimoniorum (die theils den Bürgern und Einwohnern als solchen, theils den Grundbesitzern, sie mögen cives oder incolae sein, oder nicht, auferlegt sind), oder in beidem zugleich, munera mixta; zu den letzteren gehört das Amt des Steuereinnehmers, insofern er für den Ausfall durch zahlungsunfähige Steuerpflichtige einstehen muß. Eigentliche Munera aber heißen die öffentlichen Leistungen nur, sofern sie nicht mit einer Würde verbunden sind, die sie dem Leistenden verleihen, und sie stehen dadurch den honores gegenüber.[h] Zu den honores gehört vor allem der Decurionat, er ist zugleich die Voraussetzung aller andern, nämlich der magistratischen Würden, die vermöge der italischen Städteverfassung den Gemeinden zukommen. Bei den Juristen am Ende dieser Periode erscheinen auch diese Würden öfter als eine Last, deren Ablehnung man begegnen, denn als ein Vorzug, von dem man den Zudrang Unwürdiger abwenden müsse, oder, wenn das letztere eingeschärft wird, so sieht man wohl, daß diese Seite der Sache aufgehört hatte, in der gemeinen Ansicht die vorherrschende zu sein. Es war nothwendig geworden, zu verordnen, daß jeder Decurio nach der Reihe und in der Ordnung seines Eintritts in den Decurionat die Magistrate übernehmen müsse,[i] und stets von neuem zu befehlen, daß Plebejer nicht dazu genommen werden sollten.[k] Die Wahl (creatio), welche den Decurionen zukam, war unter diesen Umständen wenig mehr als eine bloße Formalität, wenn sie nicht etwa als ein Mittel diente, die Last des Amts von sich und seinen Freunden abzuwenden (wodurch dann die eben erwähnten Verordnungen veranlaßt wurden), bedeutender war die Präsentation (nominatio), zu welcher der abtretende Magistrat verpflichtet war, und die eine Haftung für den Nominirten in sich schloß.[l] Die Flucht vor dem Decurionat und den Gemeindewürden erklärt sich nicht allein durch den Aufwand, der damit verbunden war (z. B. auch für Spiele, wie bei den römischen Aedilen und Prätoren), denn für einen solchen findet sich stets ein Mittel des Ersatzes, es sind Lasten, die nicht immer von denen wirklich getragen werden, auf denen sie zu liegen scheinen. Der Grund lag ohne Zweifel tiefer in der politischen Apathie, die sich der damaligen Zeit bemächtigt hatte. Wie die bestgeführte Staatsregierung ohne eine tüchtige und lebendige Gemeindeverfassung nur etwas unvollkommenes zu leisten vermag, so giebt jene Zeit den Beweis, daß auch eine vollkommen genügende Gemeindeordnung, wie die der Lex Julia ohne Zweifel war, unter einer schlechten Staatsverfassung ihre lebendige Kraft verliert.

Decrete erwähnt, außerdem sind mehrere auf Erz oder Stein geschriebene selbst auf uns gekommen. s. Haubold (Spangenberg) monum. legal. 37. 38. 47. 51. 53. 57. 59. 66: meistens Ehrenbezeigungen gegen um die Stadt verdiente Männer betreffend.

f) Dig. L. 4: de muneribus et honoribus.

g) Civilia munera sind zuweilen gleichbedeutend mit publica z. B. L. 19 § 28 D. de muner., zuweilen werden sie den publica entgegengesetzt L. 6 § 15 D. de excusat. (27. 1), bezeichnen also die privata L. 17 § 4 eod.

h) Honor municipalis est administratio rei publicae cum dignitatis gradu, sive cum sumptu sive sine erogatione contingens. Munus aut publicum aut privatum est. Publicum munus dicitur quod in administranda re publica — sine titulo dignitatis subimus. Callistratus L. 14 D. de muner.

i) L. 6 pr. D. de munerib. *k*) L. 7 § 2 D. de decur. (50, 2).

l) L. 11 § 1 L. 15 § 1 D. ad munic. (50, 1).

Unter den Municipalmagistraten hatten den höchsten Rang die censores, oder curatores, oder quinquennales, welche ohngefähr dieselbe Stelle einnahmen, wie die Censoren in Rom, zwei oder vier (duumviri, quattuorviri quinquennales), die alle fünf Jahre für eine einjährige Amtsführung gewählt wurden. Unter den übrigen, deren mancherlei erwähnt werden (Aedilen, Quästoren, Curatores für einzelne Verwaltungszweige), sind die wichtigsten die, welchen die Jurisdiction übertragen ist. Dieß sind die duumviri oder quattuorviri iuri dicundo. Sie sind nicht reine Justizbehörden, vielmehr liegt ihnen außerdem auch die übrige Leitung der städtischen Angelegenheiten ob, soweit nicht besondere Behörden dafür ernannt sind, und sie sind insofern mit den römischen Consuln zu vergleichen, aber die Jurisdiction ist die vornehmste Seite ihres Amts. Sie sind es denn auch, welche bei den römischen Juristen vorzugsweise unter dem Namen magistratus verstanden werden, so daß dieses Wort in einem besonderen Sinn einmal auf die Municipalmagistrate, dann aber insonderheit auf die für die Rechtspflege bezogen wird. Praefectus iuri dicundo heißt dieser Justizmagistrat, wenn er nicht von der Stadt selbst gewählt, sondern von einer höheren Staatsbehörde ernannt ist. Dieß kommt aber jetzt nicht mehr als eine regelmäßige Einrichtung vor, wonach gewissen Städten dieses Wahlrecht entzogen wäre (es giebt keine Präfecturen im alten Sinne mehr), sondern nur wenn die Wahl von Duumvirn oder Quattuorvirn wegen irgend eines Hindernisses unterblieben ist.[m])

XCII. Die Jurisdiction dieser Municipalmagistrate unterlag aber jetzt allgemein einer Beschränkung, gleich derjenigen, welche die Lex Rubria für die des cisalpinischen Galliens festsetzt.[a]) Sie haben nämlich nur die reine Jurisdiction ohne Imperium, das heißt: das ordentliche Verfahren nach der Lex Aebutia, das in dem Geben der Formel und der Bestellung eines Judex besteht, kann vor ihnen vorkommen, und sie sind dafür competent in Beziehung auf die ihrer Jurisdiction als Bürger oder Einwohner der Stadt, oder durch einen sonstigen Grund unterworfenen Personen, die Legis Actio dagegen ist ihnen entzogen.[b]) Eben so können sie keine Recuperatoren geben.[c]) Aller Functionen, die aus dem Imperium abgeleitet werden, also des Verfahrens extra ordinem, wobei der Magistrat selbst untersucht und durch Decret entscheidet, sind sie unfähig, soweit nicht durch Gesetz eine Ausnahme von der Regel für gewisse Fälle gemacht ist, oder ihnen dergleichen Handlungen durch einen höheren Magistrat delegirt werden.[d]) Noch weniger haben sie natürlich die Criminalgerichtsbarkeit (das imperium merum), nur gegen Sclaven ist ihnen, und auch hier nur eine mäßige Züchtigung verstattet.[e]) Aber selbst die Befugniß zu dem ordentlichen Civilverfahren ist ihnen nicht ohne Einschränkung

---

m) S. oben § 65. [Ueber die Municipalmagistrate im allg. vgl. Marquardt röm. Staatsverwaltung I S. 475 ff.]

a) S. § 90, und vgl. für das Folgende Dig. II 1: de iurisdictione.

b) Nur ausnahmsweise sind sie mit dieser Befugniß versehen Paul. sent. II, 25, 4.

c) Huschke in Richters Jahrb. 1837 S. 900.

d) Ein Beispiel gesetzlicher Erweiterung ihrer Befugnisse (weil iurisdictio sine modica coercitione nulla est) giebt die pignoris capio, die ihnen gestattet ist L. 29 § 7 D. ad. L. aquil. (9, 2), ebenso die multae dictio L. 131 § 1 D. de V. S. (50, 16), wo statt iudicatio zu lesen ist eius dictio; in den folgenden Worten: magistratus solos (?) etc. wird angedeutet, daß dieses Recht ihnen gegen die Regel gegeben ist. Von einem Fall der Delegation spricht L. 1 D. de damno inf. (39, 2).

e) L. 12 D. de iurisd. [Vgl. Huschke Multa (1874) S. 206 f.]

gelassen: sie sollen auch hier incompetent sein, wenn der Werth des Streitgegenstandes eine gewisse Summe (der Betrag ist nicht bekannt) übersteigt, wovon indessen gewisse Rechtssachen wahrscheinlich eine Ausnahme machen.[f])

Das Bisherige betrifft zunächst das Verfahren in Rechtsstreitigkeiten, die iurisdictio contentiosa, neben dieser gehört zu den Functionen der Rechtspflege auch die Mitwirkung bei Rechtsgeschäften, die iurisdictio voluntaria. Auf die Befugniß zu dieser hat der Umstand Einfluß, daß die Municipalmagistrate regelmäßig nicht Legis Actio haben, dadurch ist eine Anzahl bedeutender Handlungen: Manumission, Emancipation, Adoption, In Iure Cessio, aus ihrer Jurisdiction herausgenommen.[g]) Daneben kam aber eine andere Form der obrigkeitlichen Mitwirkung bei Rechtsgeschäften auf, die lediglich darin bestand, daß die Behörde ein Protokoll (gesta et acta) über den Hergang aufnahm. Schon zur Zeit der freien Republik bestand der Geschäftsgang, daß die Behörden Notizen über ihre Thätigkeit aufnahmen, um das Gedächtniß derselben für vorkommende Fälle zu erhalten. Diese Notizen heißen commentarii, actorum commentaria, und sie kamen auch bei den Magistraten mit Jurisdiction vor.[h]) Diese Sitte wurde jetzt dazu benutzt, ein Geschäft vor dem Magistrat abzuschließen und es von diesem unter seine acta eintragen zu lassen, wodurch es mit Sicherheit constatirt, und der Beweis desselben für die Zukunft erleichtert wurde.[i]) Diese Form war ursprünglich überall eine willkürliche, später wurde ihr in manchen Fällen eine besondere Wirkung durch Gesetze beigelegt (z. B. bei der Bestellung von Procuratoren, bei Testamenten), noch später wurde sie sogar als eine für gewisse Geschäfte, wenn sie gelten sollen, nothwendige vorgeschrieben, das letztere indessen ist wohl erst in der vierten Periode geschehen. Das Recht der acta nun haben auch die Municipalmagistrate,[k]) so daß sie in dieser Beziehung nicht gegen die höheren Behörden zurückgesetzt sind.

Durch die erwähnten Beschränkungen der Municipaljurisdiction waren die Stadtangehörigen in nicht wenigen Rechtssachen an die höheren Magistrate gewiesen. Diese waren für die italischen Städte die römischen Prätoren. Dabei hätte an sich noch immer der alte Grundsatz festgehalten werden können, daß kein Magistrat dem andern subordinirt ist; es gab höhere und niedere Magistrate, die letzteren haben eine beschränktere Jurisdiction als die ersteren, sie wären ihnen darum nicht untergeordnet gewesen, so wenig als dieses das Verhältniß der minores und maiores magistratus zur Zeit der freien Republik war. So blieb es aber keineswegs, vielmehr verband sich mit jener Beschränkung der Municipalmagistrate nach und nach die Ansicht, daß die mindere Jurisdiction derselben der höheren subordinirt sei. Diese Ansicht trat entschieden hervor in einer neuen Einrichtung unter Hadrian, durch welche der erste Schritt dazu geschah, die Verwaltung Italiens der für die Provinzen bestehenden anzunähern. So lange dem römischen Prätor jene höhere Rechtspflege, die den

---

f) Paul. sent. V. 5 a, 1 L. 28 D. ad munic. (50, 1).

g) Plinius (epist. VII 16) schreibt an den im transpadanischen Gallien wohnenden Großvater seiner Frau, er werde einen Proconsul, der über Pavia in seine Provinz reise, ersuchen, zu jenem zu kommen, damit er Gelegenheit habe, einige Sclaven zu manumittiren. Außerdem hätte der alte Mann eine Reise nach Rom machen müssen, um einen Magistrat zu finden, vor dem er jene Handlung vornehmen konnte.

h) Cic. in Verr. I 46: itaque L. Piso multos codices implevit earum rerum, in quibus ita intercessit, quod iste aliter, atque ut edixerat, decrevisset.

i) Z. B. apud acta mandare, procuratorem facere Paul. sent. I 3, 1. Fragm. Vat. 317.

k) Paul. l. c. (cf. L. 2 C. de magistr. munic. 1, 56).

Municipalmagistraten entzogen wurde, vorbehalten war, ließ sich die Rechtspflege für Italien auf keine Weise mit der in den Provinzen, der Prätor ließ sich nicht mit einem Provincialregenten vergleichen, seiner Jurisdiction waren ja von jeher alle römischen Bürger unterworfen gewesen. Unter Hadrian aber wurde Italien in fünf Districte getheilt, einer von diesen, in welchem Rom lag, blieb in demselben Verhältniß zu dem römischen Prätor, wie bisher. Jedem der vier übrigen dagegen wurde ein neuer Magistrat, mit dem Titel consularis, vorgesetzt, und diesem die höhere Jurisdiction übergeben, die den Municipalmagistraten dieses Districts entzogen war: zugleich wurde ohne Zweifel der Consularis als zweite oder Appellationsinstanz für die vor die städtischen Behörden gehörenden Rechtssachen bestimmt.[l]) Wie der größte Theil Italiens (die Italia annonaria) durch die Einführung der Naturalabgabe den Provinzen in dieser Hinsicht ähnlicher wurde, so geschah dieß nun auch in Beziehung auf die Jurisdiction, nur daß die Municipaljurisdiction bei aller ihrer Beschränkung doch noch immer als ein bedeutender Vorzug des ganzen Italiens übrig blieb. Eine große Bequemlichkeit für die Einwohner Italiens war übrigens mit der hadrianischen Einrichtung verbunden, die nämlich, daß sie in jenen den Duumvirn entzogenen Rechtssachen, während sie vorher sämmtlich nach Rom gewiesen waren, eine nähere Rechtshülfe fanden, denn die Consularen wurden sicherlich zur Residenz in ihren Sprengeln verpflichtet. Marc Aurel setzte an die Stelle der Consulares mit denselben Functionen iuridici.[m])

Es ist nun noch von der Zeit zu sprechen, in welcher die oben erörterten Beschränkungen der Municipaljurisdiction eingetreten sind. Die römischen Juristen am Ende des zweiten und Anfang des dritten Jahrhunderts sprechen davon als von einer bekannten, nicht erst neu eingeführten Sache. Und so setzt auch die erwähnte hadrianische Einrichtung eine eingeschränkte Municipaljurisdiction voraus. Man hat geglaubt, diese Einrichtung und jene Beschränkung seien gleichzeitig eingeführt, bis auf Hadrian also hätten die Municipalmagistrate unbeschränkte Rechtspflege gehabt.[n]) Meiner Meinung nach muß der Anfang der neueren Municipalgerichtsverfassung in eine frühere Zeit gesetzt werden. Vor allem ist es eine unbegründete Voraussetzung, daß alle die verschiedenartigen Beschränkungen, wie sie oben aufgezählt worden sind, zugleich eingetreten seien. Die älteste derselben ist wahrscheinlich die Entziehung der Legis Actio, sie ist vielleicht älter als die lex iulia municipalis v. 709. Was aber das Imperium anlangt, so hat, wie ich glaube, dieses Gesetz es den Municipalmagistraten entzogen, mit andern Worten: es hat die Gewalt derselben so bestimmt, daß sie nicht den höheren römischen Magistraten, sondern den minores gleichgestellt wurden. Dieß scheint so natürlich, daß es vielmehr auffallen müßte, wenn die Gewalt der Stadtbehörden auf gleiche Linie mit dem

---

l) Spartian. Hadr. 22 Capitol. Pius 2.

m) Capitolin. Marc. 11. Appian (de bell. civ. I 38) sagt, die Einsetzung von Consularen (die er Proconsuln nennt) habe auch nach Hadrian eine kurze Zeit fortgedauert. Wenn er dieß unter Marc Aurel schrieb, so konnte ihn die Ernennung von Iuridici statt der Consularen zu dieser Aeußerung veranlassen. Er zeigt übrigens auch bei dieser Gelegenheit seine Unkenntniß der römischen Verfassung. Weil 663 der Proconsul Servilius zu Asculum getödtet wurde, so vermuthet er, daß schon damals Italien in von Proconsuln regierte Districte eingetheilt gewesen sei, Hadrian also nur eine alte Einrichtung erneuert habe. [Ueber die Iuridici vgl. Mommsen in den Schriften der röm. Feldmesser II S. 192 f. Bethmann-Hollweg Civilproceß II (1865) S. 65 f. Marquardt Staatsverwaltung I S. 73 ff.]

n) Bethmann-Hollweg Handb. des Civilproc. I S. 12 [vgl. jetzt Civilproceß II § 66.]

Imperium eines Consuls oder Prätors in Rom gestellt worden wäre. So lange kein geschriebenes Recht über die Municipalverfassung bestand, mochte immerhin in die Gewalt der obersten Municipalmagistrate alles das gelegt werden, was dem römischen Prätor zukam, wie ihnen auch wohl die Namen: consules, praetores, dictatores aus den Zeiten höherer Selbständigkeit her nicht mißgönnt wurden. So wie es sich aber um eine gesetzliche Festsetzung ihrer Stellung handelte, in Rom, welches die Municipien als abhängige Glieder des Staats zu betrachten gewohnt war, und durch Cäsar, dessen Plänen diese Unterordnung zusagte, konnte niemand erwarten, jenen Behörden die Eigenschaft von maiores magistratus beigelegt zu sehen. Es wurde ihnen daher die Qualität von minores magistratus zuerkannt; ja so sehr widerstrebte es der damaligen Vorstellung, einen Municipalbeamten einem römischen Magistrat gleichzustellen, daß von hier an für die römischen Magistrate selbst die Grenzen zwischen maiores und minores mit ihren praktischen Folgen sich zu verwirren begannen, und ein Gegenstand antiquarischer Forschung wurden. Man gewöhnte sich, die Staatsbehörden den städtischen als den minores magistratus entgegenzusetzen. Es fehlt aber auch nicht an einer bestimmteren Hinweisung auf eine solche Vorschrift des Municipalgesetzes. Wollte man die Gewalt eines minor magistratus bezeichnen, so konnte dieß am kürzesten und passendsten durch den Ausdruck aedilicia potestas geschehen, denn die Aedilen waren die ersten unter den magistratus populi romani minores, und sie eigneten sich als Maßstab für die Gewalt der Municipalmagistrate auch durch den mannigfaltigen Inhalt ihres Amts, das auch eine Jurisdiction begriff. Nun kommen Aedilen auch als ein besonderer Magistrat in den Municipien vor; etwas anderes aber ist der Name triumvir aediliciae potestatis,[o] welcher eben so wenig einen eigentlichen Aedilen bedeutet, als: aedilis duumviralis,[p] aedilis iuri dicundo,[q] aedilis curulis I. D.[r] So ist nun der quattuorvir aediliciae potestatis ex lege iulia municipali[s] nicht ein gewöhnlicher Aedilis, sondern ein quattuorvir I. D., der vermöge des julischen Gesetzes gewählt ist, und durch dasselbe den Grad von magistratischer Gewalt hat, wie er den curulischen Aedilen in Rom zukommt.

Ist meine Behauptung, daß schon die Lex Julia den Municipalmagistraten die Eigenschaft von minores magistratus gab, richtig, so ist damit noch nicht entschieden, ob sie den Einfluß derselben auf die Rechtspflege so genau festsetzte, als dieß zwei Jahre später durch die Lex Rubria für das cisalpinische Gallien geschah (§ 90). Möglich, daß dieß nicht der Fall war, und daß diese Folgen jener Eigenschaft erst durch die Interpretation der römischen Juristen überall genau festgestellt wurden. Aber eben so möglich, ja vielleicht wahrscheinlicher ist es, daß die Bestimmungen der Lex Rubria aus der Lex Julia herübergenommen, und auf den neuen Bestandtheil Italiens übertragen wurden.

Wann ferner die Beschränkung der Jurisdiction auf eine gewisse Summe eingeführt wurde, läßt sich nicht nachweisen. Die Lex Rubria setzt diese Beschränkung in manchen Rechtssachen für Gallia cisalpina fest; wäre das so eben berührte Verhältniß dieses Gesetzes zur Lex Julia erweisbar, so würde sich gegen die Annahme, daß auch diese Beschränkung schon in der letzteren enthalten gewesen, nichts einwenden lassen. Jedenfalls aber zeigt das Beispiel der Lex Rubria so wie die Bestimmung einer besonderen Richterdecurie unter

---

o) Orelli inscr. 3838. *p*) Orelli 3433. *q*) Orelli 3787. *r*) Orelli 3979.
s) Orelli 3676. Savigny Zeitschrift IX S. 370. [Vermischte Schriften III S. 408 bis 411.]

Augusts für die geringeren Händel (de levioribus summis), daß diese Unterscheidung der damaligen Zeit nicht fremd war. Die Unterordnung unter höhere Magistrate als zweite Instanz ist wohl erst zugleich mit der Einsetzung von Consularen unter Hadrian eingetreten.

XCIII. Wir gehen über auf die Provinzen. Diese behielten im Wesentlichen ihre Einrichtung und Verwaltung. Von allen Theilen der altrömischen Verfassung hat sich gerade die Provincialverfassung am längsten erhalten; die Geschichte des römischen Staats seit dem Verfall der Republik besteht eben darin, daß sich das despotische Regiment, welchem die Provinzen unterworfen waren, nach und nach über alle Theile des Reichs verbreitete, bis endlich das ganze Reich Provinz war.

Bei den Provinzen tritt die Theilung des Staats zwischen dem Princeps und dem Volk recht augenscheinlich hervor. August theilte sämmtliche Provinzen in zwei Massen, die Verwaltung der einen behielt er sich vor, die der andern überließ er dem Volke oder Senat. Bei dieser Theilung übernahm er alle die, in welchen Heere standen, die gesicherten und friedlichen gab er dem Senat, unter dem Schein einer Wohlthat die Absicht verbergend, den Senat wehrlos zu machen, und sich allein das ganze Heer zu unterwerfen. Zwischen beiden fanden übrigens nachher öfters Austauschungen statt, so daß Provinzen aus dem einen Theil in den andern übergingen.[a]) Die provinciae populi wurden von altrepublikanischen Magistraten in hergebrachter Weise regiert.*) Zwei von ihnen (Africa und Asia) waren proconsularische, d. h. bestimmt, von gewesenen Consuln regiert zu sein, die übrigen sollten unter die Prätoren verlooſt werden; zuweilen gab indessen der Princeps auch Solchen Antheil, die nicht wirklich Prätoren gewesen waren, indem er sie zu dem Rang von praetorii erhob. Allen diesen Regenten der Volksprovinzen wurde aber, sie mochten Consulares oder Prätorii sein, der Name der Proconsuln beigelegt.[b]) Diese Proconsuln haben, wie früher, die gesammte Verwaltung der Provinz, und namentlich eine unbeschränkte Jurisdiction. Zu ihrer Unterstützung wählen sie sich legati (die Consulares je drei, die übrigen je einen), denen sie einen Theil ihrer Geschäfte auftragen, gewöhnlich die Jurisdiction.[c]) Der Proconsul hatte sein Imperium von dem Augenblick an, wo er Rom verläßt, aber er kann es erst dann ausüben, wenn er in seiner Provinz angekommen ist.[d]) Nur die iurisdictio voluntaria steht ihm schon früher zu, daher kann bei ihm, noch ehe er die Grenzen seiner Provinz betreten hat, manumittirt oder eine andere Legis Actio vorgenommen werden.[e]) Für die Einkünfte, soweit sie in das Aerarium flossen, und für die Jurisdiction, die in Rom die Aedilen hatten, wurden, wie früher, Quästoren in diese Provinzen gesendet.[f])

In den provinciae Caesaris war der Princeps selbst der Proconsul. Die Regierung derselben führte er durch Stellvertreter, die er in sie sandte, und

---

a) Sueton. Octav. 47. Dio Cass. LIII 12—14. Gai I 6. II 21.

*) [Ueber die Provinzialmagistrate vgl. jetzt Mommsen Staatsrecht II 1877 S. 229 ff.]

b) Dig. I 16: de officio proconsulis et legati.

c) Nicht die Criminalgerichtsbarkeit L. 6 pr. D. de off. proc., und nicht die Legis Actio L. 2 § 1 L. 3 D. eod.

d) Daher kann er die Jurisdictio seinem Legaten auch nicht früher mandiren, wovon jedoch in dringenden Fällen Ausnahmen zugelassen worden sind L. 4 § 6 L. 5 D. de off. proc.

e) L. 2 pr. D. eod. Plin. epist. VII 16 (§ 92 Note g).

f) Dio Cass. LIII 14. 28. Gai. I 6.

die factisch dieselbe Stellung hatten, wie die Regenten der Volksprovinzen.[g]) Jenes Verhältniß zu dem Princeps drückt sich in ihrem Namen: legati Caesaris aus; sie hießen legati consulares oder praetorii, je nachdem sie aus der einen oder der anderen Classe von Personen gewählt sind.[h]) Diese Eigenschaft als Legati ist nicht ohne Einfluß auf ihre Stellung,[i]) keineswegs aber wird ihre Gewalt durchgängig danach bestimmt. Vielmehr wird ihre Jurisdiction nicht als eine mandata betrachtet, sie sind selbst Magistrate (nicht wie die Legaten Privatpersonen), können daher auch ihre Jurisdiction mandiren, was von einem, der selbst bloß mandatam iurisdictionem hat, nicht geschehen kann.[k]) Um diese von gewöhnlichen Legaten verschiedene Stellung, also ihre Eigenschaft als Magistrate zu bezeichnen, heißen sie praesides provinciarum.[l]) Daher werden an mehreren Orten die praesides provinciarum den magistratus populi romani entgegengestellt, sie sind Magistrate, aber Magistrate des Princeps, wie die praefecti praetorio und urbi, nicht des Volks.[m]) Wenn nachher dieser Name eine allgemeinere Bedeutung erhielt, und zugleich für alle Regenten der Provinzen, die Proconsuln mit inbegriffen, gebraucht wurde,[n]) so hängt dieß damit zusammen, daß mehr und mehr alle unter die unmittelbare Leitung des Princeps kamen.[o]) Dieß zeigt sich auch darin, daß die Mandata, durch welche der Princeps seine Legaten anstellte und instruirte, ebenso auf die Proconsuln ausgedehnt wurden, so daß auch diese solche Anweisungen zu empfangen pflegten.[p]) Statt der Quästoren dienten in den Provinzen des Princeps die procuratores Caesaris,[q]) und diese hatten auch Gerichtsbarkeit in fiscalischen Sachen.[r]) Solche Procuratoren wurden aber auch in die Provinzen des Volks gesendet, um daselbst die fiscalischen Interessen zu wahren, denn auch aus diesen konnten

---

g) Dig. I 18: de officio praesidis.

h) Vgl. Bethmann-Hollweg Handbuch des Civilprocesses I S. 61. [Marquardt Staatsverwaltung I S. 408 ff., Mommsen Staatsrecht II S. 234 ff.]

i) So ist ihre Gewalt schlechthin auf die Provinz beschränkt, und beginnt erst mit dem Eintritt in dieselbe, sie haben auch nicht einmal die legis actio außer ihr. Ferner wenn ein Proconsul sein Imperium verliert, so hört auch das Amt des Judex auf, den er bestellt hat (Gai. IV 105), dieß ist aber anders bei dem Legatus Caesaris, die von ihm ausgegangene iudicis datio verliert ihre Kraft nicht, wenn er einen Nachfolger erhält, weil die Bestellung mittelbar aus dem fortdauernden Imperium des Princeps abgeleitet wird L. 49 § 1 D. de iudic. (5, 1). Ursprünglich hatten sie auch nicht die Legis Actio, schon August gab sie dem Präfecten Aegyptens, nachher erhielten sie auch die übrigen Regenten der Provinzen des Princeps Tac. annal. XII 60.

k) L. 5 pr. D. de off. eius cui mand. (1, 21).

l) Diese eigentliche Bedeutung von praeses provinciae, wonach es der Titel für die provincias Caesaris regentes ist, wird durch sehr viele Stellen bestätigt: L. 8. 20 D. de off. praes. L. 9 § 6 D. de off. procons. Capitolin. Ver. 4 Vulcat. Gall. in Avid. Cass. in f. Lamprid. Alex. 24, Vopisc. Prob. 13, und vor allem auch durch den besonderen Titel der Digesten: de officio praesidis, welcher auf den von dem Proconsul, und den von dem Regenten Aegyptens handelnden folgt. S. auch die folgende Note.

m) L. 3 § 1 D. quod met. c. (4, 2): — si per iniuriam quid fecit magistratus populi romani, vel provinciae praeses. — L. 12 pr. D. de accusat. (48, 2). Gai. II 24 (nach der richtigen Lesart): apud magistratum populi romani velut praetorem, vel apud praesidem provinciae. Puchta verisim. cap. VI p. 7.

n) L. 1 D. de off. praes.

o) S. z. B. L. 6 § 1 D. de off. procons. (1, 16): es steht beim Proconsul, seine Jurisdiction seinem Legaten zu mandiren oder nicht, auch kann er das Mandat widerrufen, aber er soll es nicht ohne Anfrage beim Princeps thun. [Mommsen Staatsrecht I 1876 S. 223.]

p) L. 6 § 3 D. de off. proc.

q) Dig. I 19: D. de officio procuratoris Caesaris vel rationalis.

r) Antonin. L. 1 C. de iurisd.(3, 13). Alex. L. 2 C. si adv. fiscum (2, 37). L. 8 § 19 D. de transact. (2, 15).

dem Fiscus Einkünfte erwachsen (z. B. durch Einsetzung des Princeps in Testamenten), und sie hatten auch hier in fiscalischen Sachen eine mit der des Proconsuls concurrirende Jurisdiction.[s]) Die Procuratoren wurden aus dem Ritterstand genommen, häufig erhielten Freigelassene des Princeps dieses Amt. In manchen Provinzen oder Theilen größerer vertraten sie zugleich die Stelle der Präsides.[t])

Zu den Provinzen, welche der Princeps durch Beamte geringeren Rangs, aus dem Ritterstande, regieren ließ, gehörte auch Aegypten. Dieses aber hatte durch August eine eigenthümliche Einrichtung erhalten.[u]) Der praefectus Aegypti oder augustalis, wie dieser Regent hieß, sollte die Stelle der ägyptischen Könige vertreten, er sollte die Gewalt eines römischen Magistrats haben, ohne in seinem äußeren Auftreten an einen solchen zu erinnern. Diese Schonung des Nationalgefühls war nirgends wichtiger als bei den Aegyptern, von deren gutwilliger und ununterbrochener Bebauung ihres Landes die Versorgung Roms mit Getreide zum größten Theil abhing. Darum wurde auch die alte Landeseintheilung in Nomen mit einheimischen Vorstehern, Nomarchen, beibehalten.[v]) Ein Edict von einem Präfecten Tiberius Julius Alexander aus dem Jahr 68 unter Galba's Regierung, publicirt von einem Districtsvorsteher Julius Demetrius an seine Untergebenen, eingehauen auf dem Pfeiler eines Tempels in der großen Oase, ist 1818 von einem französischen Gelehrten, Cailliaud, entdeckt worden. Es ist durch Beschwerden der Provincialen über fiscalische Mißbräuche veranlaßt, und enthält, um diese abzustellen, Bestimmungen über die öffentlichen Pachtungen, über die Privilegien der fiscalischen Schuldforderungen, die in ihre gesetzlichen Schranken gewiesen, über die Immunitäten, welche aufrecht erhalten werden sollen, über willkürliche Auflagen und Erpressungen; über gewisse Punkte endlich behält sich der Präfect vor, Bericht an den Princeps zu erstatten, und dessen Entscheidung einzuholen.[w]) — Alexandrien, das eine sehr gemischte Bevölkerung hatte, war mit einem besonderen Magistrat für die Rechtspflege bevorzugt, der wie der Präfect vom Princeps ernannt wurde, und die volle Gewalt eines Provincialregenten hatte, mit dem Titel iuridicus.[x])

XCIV. Die Provinzen bestanden, wie Italien, aus einer großen Anzahl städtischer Gemeinheiten, nur daß sie regelmäßig nicht der Selbständigkeit in

---

s) L. 9 pr. D. de off. procons.

t) L. 23 § 1 D. de appell. (49, 1). Tac. hist. I 11. Ein solcher war Pontius Pilatus. [Dieß sind die procuratores Augusti, welche nicht wie oben mit den andern procuratores auf eine Linie gestellt werden sollten, sondern mit dem folgenden praefectus augustalis; vgl. Mommsen Staatsrecht II S. 236.]

u) Tac. hist. I 11. Dig. I 17: de officio praefecti augustalis. [Vgl. Emil Kuhn Beitr. zur Verf. des röm. Reichs 1849 Num. 2 S. 140—149. Num. 4. Marquardt Staatsverwaltung I S. 282 ff.]

v) Plin hist. nat. V 9.

w) [Der Hauptzweck der Proclamation war ein vorübergehender: nach dem Erlöschen des Hauses der Cäsaren die schwer belastete und unruhige kaiserliche Domäne für den neuen Imperator in einem gefährlichen Augenblick zu halten. R.] Die Urkunde ist wieder herausgegeben und mit einem umfassenden und gründlichen Commentar versehen worden von Rudorff in dem Rhein. Museum für Philologie II S. 64—84. 133—190. [Boeckh corp. inscr. graec. III 2 n. 4957.] — An demselben Ort sind zu derselben Zeit noch einige andere Inschriften entdeckt worden; sie enthalten ebenfalls Fragmente von Edicten, so namentlich von dem Edict eines Präfecten Cn. Vergilius Capito, s. Gn. Vergil. Capitonis P. Aeg. edictum ed. et ill. Rudorff. Berol. 1834. [Boekh. n. 4956.]

x) Dig. I 20: de officio iuridici.

der Verwaltung ihrer inneren Angelegenheiten theilhaftig waren, die oben als ein Vorzug der italischen Städte erwähnt worden ist.*) Die Regel ist, daß sie unter der Gewalt des Proconsuls oder Präses stehen, namentlich auch was die Rechtspflege anlangt, so daß diesem ausschließlich die Jurisdiction zusteht, womit sich sehr wohl verträgt, daß die Städte ihre besonderen einheimischen Behörden für die Communalverwaltung haben. Ja diese Communalverfassung war für das Regiment der römischen Magistrate selbst ein unumgängliches Bedürfniß, da es diesen ohne jede Ordnung höchst schwierig oder unmöglich gewesen wäre, die Provinz zu regieren. So weit nicht ganz besondere Umstände ein anderes erheischten, ließ man die vorgefundenen Localbehörden bestehen, nur daß man sie einmal in ihren Functionen beschränkte (namentlich durch Entziehung der Jurisdiction), und zu Werkzeugen der römischen Magistrate machte, dann aber auch darauf ausging, diese Einrichtung in den verschiedenen Provinzen übereinstimmender zu machen. Zu diesen allgemeiner eingeführten Instituten gehört der Decurionat; die Provincialstädte erhielten Senate, auf welche die Grundsätze von den italischen Decurionen angewendet, und aus dessen Gliedern denn auch die Gemeindeämter besetzt wurden.[a]) Das muß bei der Betrachtung dieser regelmäßigen Communalverfassung in den Provinzen stets festgehalten werden, daß sie nicht als ein Recht der Provincialstädte gegenüber der römischen Regierung eingeführt oder beibehalten wurde, sondern daß dieß im Interesse der Regierung geschah, die in jenen Behörden die unentbehrliche Hülfe für die Vollziehung ihrer Verfügungen fand, und sie für die Ausführung derselben und die Leistungen an den Staat verantwortlich machte. Wenn die Provincialen sich der Täuschung hingaben, auf das Bestehen jener Senate und Aemter, mit vielversprechenden neuen oder alten Namen, auf ihre Sufeten, Archonten, Strategen, Principales, Prätoren, Duumvirn und Quattuorvirn (denn auch diese Namen gestattete man dem in Titeln einen Ersatz für die Sache oder eine Hoffnung künftiger Berechtigung findenden Ehrgeiz) einen Werth zu legen, als auf ein Ueberbleibsel ehemaliger Selbständigkeit oder einen Anfang höherer Rechte, so war dieß den Machthabern nicht unlieb; wir aber dürfen uns nicht verleiten lassen, den Zustand der Provincialstädte um dieser Namen willen höher zu stellen, als er wirklich gewesen ist.

Schon in der vorigen Periode erhielten einzelne Provinzialstädte Vorrechte, die ihren Zustand vor dem regelmäßigen der übrigen auszeichneten, namentlich solche, die in einer mehr oder weniger vollständigen Exemtion von der Gewalt der Provincialregenten bestanden (§ 69). Es sind in dieser Beziehung die civitates liberae et immunes erwähnt worden; diese Auszeichnung ging natürlich nicht dadurch unter, daß die Republik unter die Botmäßigkeit eines Princeps kam, ihre Fortdauer ist denn auch vielfach bezeugt,[b]) nur hat schon August mehrere dieser Freiheit beraubt,[c]) und im Verlauf der Zeit verschwand diese Uebergangsbildung zwischen auswärtigen Staaten und völlig untergebenen Theilen des Reichs ganz, die bloße Oberhoheit Roms hatte sich schon früh dem

*) [Zum Folgenden vgl. Marquardt Staatsverwaltung I S. 516 ff.]

a) Savigny Gesch. des R. R. im M. A. I § 17.

b) Man muß zwei Classen von liberi (et foederati) populi oder civitates unterscheiden, solche, die als auswärtige Staaten zu betrachten sind, und daher nicht einmal Provincialstädte genannt werden können (von diesen spricht z. B. Proculus L. 7 D. de captiv. 49, 15), und wirkliche Provincialstädte, die dem römischen Reich angehören, aber dennoch eine dem Zustand jener ähnliche Selbständigkeit behalten oder erlangt haben. Bloß von den letzteren ist hier die Rede.

c) Sueton. Octav. 47.

Regierungsverhältniß genähert, endlich wurden jene Städte ganz in den römischen Staatsorganismus hereingezogen, und ihre Vorrechte, soweit sie solcher ferner genießen sollten, nahmen andere Formen an.

Die gewöhnliche Form der Exemtion einer Provincialstadt von der allgemeinen Regel dieser Städte ist die, daß ihr das Jus italicum ertheilt wurde, also wie der Name zeigt, daß ihr die Rechte gegeben wurden, welche die italischen Städte vor den Provinzen auszeichneten.[d]) Das Jus italicum bestand daher in drei Stücken: 1) in der Fähigkeit des Grund und Bodens, der zum Gebiet der Stadt gehörte, im quiritischen Eigenthum zu stehen, 2) in der Befreiung von der Grund- und Kopfsteuer, 3) in der oben beschriebenen Stadtverfassung unter Municipalmagistraten mit beschränkter Jurisdiction, und sonstigen Verwaltungsbefugnissen, wodurch die Stadt, so weit die Macht ihrer eigenen und selbstgewählten Behörden reichte, von der Gewalt des Statthalters eximirt war.[e]) Durch diese Gestaltung des Vorzugs, der manchen Provincialstädten eingeräumt wurde, war der Rechtszustand sehr vereinfacht, man hatte im ganzen Reich zwei Classen von Städten, deren Stellung genau bestimmt war: Städte mit italischem Recht und ohne dasselbe. Fand man sich veranlaßt, einer Stadt eine Auszeichnung zu geben, ohne ihr das volle Jus italicum einzuräumen, so konnte man ihr einen Theil jener Rechte, z. B. die

---

d) Eine Aufzählung solcher Städte enthält Dig. L 15: de censib. Plin. hist. nat. III 4. 25. Es wird eine richtige Anschauung von diesem italischen Recht fördern, wenn man daran denkt, daß die Aufnahme des cisalpinischen Galliens in den Umfang von Italien eigentlich auch nichts anderes war, als die Gewährung des italischen Rechts. Die späteren Verleihungen des Jus italicum unterscheiden sich davon im Grunde nur dadurch, daß sie nicht eine ganze Provinz, sondern nur einzelne Städte betrafen, die dann aber gerade so behandelt wurden, wie wenn sie innerhalb der geographischen Grenzen Italiens gelegen hätten. [Die ältesten waren die Entschädigungscolonien für den durch Augusts Militärcolonien verdrängten italischen Bauernstand. Dennoch ist es unstatthaft, hieran mit Zumpt (comm. epigr. 1850 p. 489) die künstliche Erweiterung des Jus italicum anzuknüpfen, eben weil schon das cisalpinische Gallien 711 oder 712 ἐς τὸν τῆς Ἰταλίας — νόμον aufgenommen war, Dio Cass. 48, 12, Rudorff Schriften der röm. Feldmesser 1852 II S. 376. 387. Die Gleichstellung des Bodens mit dem italischen ging übrigens so weit, daß selbst das Veräußerungsverbot italischer Dotalgrundstücke angewendet wurde, während die Anwendung auf stipendiarischen Provincialboden zweifelhaft war. Gai. II 63. Gai. lib. 6 ad legem iuliam et papiam L. 7 D. de censib. (50, 15), L. un. § 15 C. de rei ux. act. (5, 13). Ebenso wird es sich mit dem Veräußerungsverbot litigiöser Grundstücke (fr. de iure fisci 8) verhalten haben. Selbst die missio ex primo decreto wegen damnum infectum, welche den Municipalmagistraten im cisalpinischen Gallien in der Kaiserzeit statt der frühern Fictionsklagen gewährt wurde, ist Folge des ius italicum und der durch dasselbe bedingten Usucapionsfähigkeit des Bodens: vgl. Rudorff edicti perpetui quae reliqua sunt 1869 p. 30 not. 11. R.]

e) Walter (Gesch. des R. R. I S. 482) bestreitet das Recht der italischen Städteverfassung als Bestandtheil des Jus italicum. Dieß hängt zusammen mit seiner Meinung, alle Provincialmunicipien und Colonien seien schon an sich mit jener Verfassung versehen gewesen; diese Meinung wird unten geprüft werden (§ 95). [Dagegen fügt Huschke über den Census und die Steuerverf. der frühern röm. Kaiserzeit (1847) S. 116—118 ein viertes Stück des italischen Rechts hinzu: das Verbot des Oel- und Weinbaus. Allein nach Cic. de re publ. III 9: nos — transalpinas gentes oleam et vitem serere non sinimus, quo pluris sint nostra oliveta, nostraeque vineae: bezog sich dieses Verbot nur auf Gallien. Die Stelle des Columella III 3 — cum sola ea res (die Anpflanzung junger Reben auf einem vorher zum Weinbau hergerichteten Acker) omnem impensam terreni pretio suo liberet: si modo non provincialis sed italicus ager est — welche Huschke für seine Meinung noch anführt, beweist sogar dagegen, indem sie die Gestattung des Weinbaues in den Provinzen voraussetzt, und muß daher von dem zweiten Stück des italischen Rechts verstanden werden. Vgl. Savigny vermischte Schriften I S. 76—80, II S. 185—188 (1850) — Zumpt comm. epigr. 1850 p. 488 läugnet wieder die Fähigkeit des quiritischen Eigenthums als Bestandtheil des italischen Rechts. Vgl. dagegen Rudorff a. a. O. 373—377. R.]

Steuerfreiheit, oder die Freiheit von einer jener Steuern[f]) verwilligen, ohne eine neue unbekannte und daher zu Zweifeln veranlassende Rechtsform zu stiften.[g])

Das Jus italicum bezieht sich zunächst nicht auf die persönliche Qualität der Bürger der Stadt, d. h. auf ihre Civität, Latinität oder Peregrinität, sondern auf die Rechte der Stadt und ihres Gebiets. Allerdings hat keine Stadt, deren Bürger Peregrinen sind, dieses Recht erhalten, theils weil diesen das Commercium ihrer Grundstücke nichts geholfen hätte, da sie wegen ihrer persönlichen Qualität der römischen Rechtsverhältnisse daran unfähig gewesen wären, theils weil von der Eigenschaft einer italischen Stadt die der Civität, welche sich über ganz Italien erstreckte, in dem Rechtsbewußtsein dieser Zeit nicht getrennt war, eine italische Stadt stets auch eine Stadt mit der römischen Civität bedeutete. Dagegen giebt die Civität noch keineswegs das Jus italicum. Dieß ist gewiß und unbestritten, eine andere Frage aber ist, ob nicht doch auch schon die Ertheilung der Civität oder Latinität an eine Stadt dieser, wenn auch nicht die umfassenden Vorrechte des Jus italicum, doch wenigstens eine beschränkte Exemtion von der Regel der Provincialstädte, namentlich das Recht freier Verfassung mit selbstgewählten Magistraten für die städtische Jurisdiction gab? Dieß soll nun untersucht werden.[h])

---

f) S. z. B. L. 8 § 7 D. de censib. [Der Grund und die Ausgleichung der Steuerfreiheit Italiens und der Städte mit italischem Recht lag in der Truppenstellung und Erbschaftssteuer (vicesima hereditatum), welche ihnen hauptsächlich zur Last fielen. Savigny a. a. O. II S. 188 f. Huschke a. a. O. S. 74. Rudorff Schriften der Feldmesser 1852 II S. 309. R.]

g) Der Begriff des Jus italicum, namentlich daß es eine Eigenschaft von Städten, nicht von Personen ist, also nicht in eine Reihe mit der Civität, Latinität und Peregrinität gehört, ist zuerst ins Klare gebracht worden von Savigny: über das ius italicum (Abhandl. der berl. Acad. von 1814; vermehrt in der Zeitschrift für gesch. Rechtsw. V 6, Nachtrag 1842 XI S. 2 ff. mit einem zweiten Nachtrag 1849, in den vermischten Schriften 1850 I Num. 3). — Orelli macht auf zwei Inschriften aufmerksam, worin der Ausdruck C. R. iuris italici vorkommt (Inscript. 3041), und daran knüpft Walter (Gesch. des R. R. S. 483) die ganz richtige Bemerkung, daß die Bürger einer Stadt mit italischem Recht (cives romani iuris italici) auch sonst wie Bürger einer italischen Stadt beurtheilt wurden, namentlich schon durch vier Kinder eine Excusation gegen Tutelen erwarben, während sonst in den Provinzen deferirte Tutelen nur bei fünf Kindern abgelehnt werden konnten (Fragm. Vat. 191: — quae [tutelae] in municipiis italicis iniunguntur — si quis a magistratibus municipalibus fuerit datus —). Wenn aber Walter glaubt, dadurch werde die Ansicht Savignys modificirt, und das J. J. habe „also doch auf den Stand der Personen eingewirkt," so irrt er sich. Daß jene Verschiedenheit keine Verschiedenheit des Standes begründet, zeigt sich schon darin, daß dieselbe Person (bei verschiedenen Domicilien) möglicherweise bald 3, bald 4, bald 5 Kinder zu ihrer Excusation brauchte, jenachdem ihr von dem Prätor, oder einem Municipalmagistrat, oder dem Präses Provinciae eine Tutel übertragen wurde. [Savigny sucht sich der cives romani iuris italici durch Beziehung jener Inschrift auf die Colonie Vienne zu entledigen, welche nach L. 8 § 1 D. de censib. 50, 15 das italische Recht hatte, so daß bei dem auf ihr erwähnten Namen hinzuzudenken wäre (e colonia) civium romanorum, iuris italici oder civis romanus (e colonia) iuris italici (Nachtrag 1842). Dieser Ausweg ist nun freilich verschlossen, wenn, wie A. W. Zumpt Zeitschr. für gesch. Rechtsw. XV Num. I S. 1—18 wahrscheinlich gemacht hat, jene Inschrift nicht nach Vienne in Südfrankreich, sondern nach Wien in Oesterreich gehört. Indeß kommt auch Zumpt zu dem Resultat, daß das ius italicum so wenig auf dieser als einer andern Inschrift (Grut. 541, 8) vorkomme, und hierin stimmt ihm auch Mommsen daselbst Num. 10 bei, obgleich er gegen Zumpts kritische Aushülfe: C. R. ius (oder iur) italici auf der erstern Inschrift in C. R. ing. italic. = civium romonorum ingenuorum italicorum und C. R. lici auf der zweiten in C. R. ingen = civium romanorum ingenuorum zu verwandeln, Bedenken erhebt. R. — Vgl. noch Marquardt röm. Staatsverwaltung I 1873 S. 363 ff.]

h) Diese Frage wird bejaht von Walter Gesch. des R. R. I S. 479, verneint von Savigny Zeitschr. V S. 251, unentschieden läßt sie Bethmann-Hollweg Handbuch I S. 122.

XLV. Von den Principes wurde sehr häufig Städten die Civität ertheilt, noch häufiger die Latinität.[a]) Beides geschah theils geradezu (bei der Ertheilung der Civität erhielt hier die Stadt den Namen municipium), theils so, daß die Stadt zur Colonie erklärt wurde. Aber auch ausgeführt wurden noch Colonien, so daß der Ort wirklich, wenigstens theilweise, eine neue Bevölkerung, namentlich durch ausgediente Soldaten, die daselbst ansässig gemacht wurden, erhielt, also eine wirkliche, nicht bloß eine Titular-Colonie ward. Auch die Ertheilung der Civität an einzelne Personen wurde immer gewöhnlicher; es war dieß für die Principes eine nicht unbedeutende Quelle von Einkünften, da eine Summe dafür entrichtet werden mußte, die neugeschaffenen Cives auch dem Princeps (als dessen Freigelassene sie sich gleichsam zu betrachten pflegten) gewöhnlich in ihren Testamenten etwas hinterließen. Von Marc Aurel wird erzählt, daß er ohne Unterschied jeden, der darum nachsuchte, und den Preis bezahlte, zum Civis creirte.[b]) Endlich wird unter den Finanzspeculationen des Caracalla angeführt,[c]) daß durch eine Constitution desselben alle Einwohner des römischen Reichs zu römischen Bürgern gemacht worden seien.[d])

Man hat sich mit dem Inhalt dieser Constitution viele Mühe gegeben, indem man damit die erwiesene Fortdauer der Unterschiede zwischen Cives, Latini und Peregrini in Widerspruch glaubte, und diesen nun durch allerlei Einschränkungen des Gesetzes beseitigen wollte.[e]) Daß die Verordnung nur die Freien, nicht die Sclaven betroffen hat, ist freilich klar, aber daß manche Gelehrte sie auf die Freigeborenen haben beschränken wollen, um in den Freigelassenen noch Latinen und Peregrinen übrig zu behalten, ist ganz ohne Grund geschehen. Der wahre Inhalt der Constitution ergiebt sich von selbst aus dem Zusammenhang, in welchen sie hier gebracht worden ist; die Schwierigkeit, die man durch jene Suppositionen zu heben sich bemüht hat, existirt gar nicht; sie ist nur durch die grundlose Vorstellung von einem eigentlichen Rechtssatz, den Caracalla aufgestellt habe, hineingetragen worden. Aber die Constitution enthält nicht die Vorschrift, daß es künftig nur römische Bürger im römischen Reich geben solle, sondern sie ist nichts als eine Verleihung der Civität an alle jetzt lebenden Latinen und Peregrinen im römischen Reich, die sich nur durch diesen ihren größeren Umfang von früheren Concessionen dieser Art unterscheidet,

---

a) Von Vespasian erhielt ganz Spanien die Latinität Plin. hist. nat. III 4. Von Hadrian wird gesagt: latium multis civitatibus dedit Spartian. Hadr. 21.

b) So ist zu verstehen S. Aurelius Victor de Caesar. 16: data cunctis promiscue civitas romana, was man bisher unrichtig von einer wirklichen Ertheilung an alle Einwohner des römischen Reichs verstand. Darauf bezieht sich auch die Aeußerung Spartians (Sever. 1): die Vorfahren des Septimius Severus seien equites romani gewesen schon ante civitatem omnibus datam, d. h. schon ehe die Austheilung so gemein wurde, daß jeder Wohlhabende ohne besondere Empfehlung sich das Bürgerrecht verschaffen konnte, also zu einer Zeit, wo jene Qualität noch etwas zu bedeuten hatte.

c) Dio Cass. LXXVII 9. Dieser Geschichtschreiber führt zunächst als Motiv an, daß die Peregrinen von gewissen Angaben, z. B. von Erbschaften und Manumissionen, befreit waren; wahrscheinlich gab aber auch Caracalla die Civität nicht umsonst, so daß seine Ertheilung zugleich eine allgemeine Steuer war, durch welche er diese Quelle von Einkünften mit einem Mal erschöpfte.

d) Ulpian. L. 17 D. de statu hom. (1, 5): In orbe romano qui sunt, ex constitutione Imperatoris Antonini cives romani effecti sunt. Wenn in einer Novelle Justinians (Nov. 78 cap. 5) Antoninus Pius als Urheber dieser Constitution genannt wird, so ist dieß ohne Zweifel nichts als ein Mißverständniß der Stelle Ulpians. Daß die Note b angeführten Stellen mit Dio Cassius und Ulpian nicht in Widerspruch stehen, ist dort schon bemerkt worden.

e) Die Literatur dieser Frage siehe bei Haubold: ex const. imp. Anton. quomodo qui in orbe rom. essent cives rom. effecti sint 1819. Opuscula acad. II p. 369 sqq. und die Bemerkungen von Wenck daselbst p. XLII sqq. Zimmern Gesch. des röm. Privatr. I § 123 a. E.

und durch welche die künftige Existenz von Latinen und Peregrinen, in Folge späterer Freilassungen, Einwanderungen u. s. f. nicht ausgeschlossen war.[f])

Für die Ertheilung der Civität oder Latinität an eine Mehrheit von Personen giebt es einen doppelten Ausdruck: es ist theils von der Ertheilung an eine Stadt oder mehrere Städte, theils von der Ertheilung an alle Bürger (oder auch Einwohner) einer Stadt, einer Provinz, oder des ganzen Reichs die Rede. Ist zwischen diesen beiden Redeweisen ein praktischer Unterschied?

Wenn einer Stadt die Civität ertheilt wurde, so waren damit alle gegenwärtigen Bürger derselben zu römischen Bürgern gemacht. Ferner war dadurch das Bürgerrecht dieser Stadt für alle, die nicht römische Bürger waren, verschlossen. So wenig ein civis romanus Bürger einer peregrinischen oder latinischen Stadt sein konnte, ebenso wenig ein Nichtrömer Bürger eines Municipiums. Es erhielt aber eine solche Stadt keineswegs das Recht, durch Aufnahme in ihr Bürgerrecht (allectio) willkürlich das römische Bürgerrecht zu ertheilen, sie konnte nur solche zu Bürgern aufnehmen, die durch Geburt, Freilassung, Gesetz oder Concession des Princeps schon römische Bürger waren.[g]) In diesen Stücken hatte also die Ertheilung der Civität an eine Stadt keine andere Folge, als die an die Bürger der Stadt; umgekehrt wurde auch die letztere jener gleichgestellt, und machte die Stadt zu einem Municipium, wie denn die alten Gesetze de civitate nicht die Städte, sondern die Personen nannten. Beides ist also nur ein verschiedener Ausdruck für dieselbe Sache. Daher scheint es denn auch nicht richtig, wenn Savigny den Inhalt jener Constitution des Caracalla so bestimmt: sie bezog sich nicht auf Individuen, sondern auf Gemeinden, d. h. sie machte alle Städte im Reich, die es noch nicht waren, zu Municipien.[h]) Man müßte vielmehr sagen: weil sie alle damaligen Individuen zu römischen Bürgern machte, so machte sie alle Städte zu Municipien, eben so wie die Lex Julia und Plautia es für Italien gethan hatten.

Nach diesem allen wird die Beantwortung der obigen Frage, ob die Municipien in den Provinzen schon als solche einen Vorzug vor andern Städten in Beziehung auf ihre Verfassung hatten (§ 94 a. E.), mit größerer Sicherheit geschehen können. Die Frage ist: wenn den Bürgern einer Stadt die römische Civität ertheilt ist, erhält dadurch die Stadt, zu der sie gehören, eine andere Verfassung, namentlich eine eigene Jurisdiction? Niemand wird dies für wahrscheinlich halten, da ja die römischen Bürger in den Provinzen ebenso wohl als die Peregrinen der Jurisdiction des Statthalters, des römischen Magistrats, unterworfen sind, in unsern Quellen kommt denn auch keine Spur davon vor.[i]) Das Gegentheil aber ergiebt sich aus dem Zustand des cisalpinischen Galliens, welches noch als Provinz die Civität erhalten hatte, dessen Städte aber erst bei

---

f) Das Nähere über die fortwährende Entstehung der Latinität und Peregrinität s. Band II § 217.

g) So gab auch die Lex Plautia Papiria die Civität nur denen, welche gegenwärtig schon Bürger einer italischen Stadt waren (und überdieß in Italien domicilirten). Darauf kam es z. B. bei Archias an, es sollte nachgewiesen werden, daß er schon vor dem Gesetz Bürger in Heraklea geworden sei Cic. pro Archia 4. Vgl. Cic. ad. famil. XIII 30: L. Manlius est Sosis. Is fuit Catinensis, sed est una cum reliquis Neapolitanis civis romanus factus decurioque Neapoli; erat enim adscriptus in id municipium ante civitatem sociis et Latinis datam.

h) Zeitschrift V S. 240.

i) Gellius (XVI 13), in einer höchst verwirrten Erzählung von Municipien und Colonien, sagt nach einer Rede Hadrians, die Municipien hätten vor den Colonien das suis moribus legibusque uti voraus. Dieß bezieht sich auf den alten Begriff des Municipiums, der damals ganz unpraktisch geworden war.

der Auflösung der Provincialverfassung die Jurisdiction bekamen, und noch entschiedener aus dem Zustand des Reichs nach der Constitution des Caracalla. Nach der von uns verworfenen Ansicht hätten von nun an alle Städte duumviri iuri dicundo haben müssen, nichts aber ist gewisser, als daß dieß nicht der Fall war.

Es sind noch die Colonien übrig. Walter beruft sich für diese auf die Duumvirn (und Präfecten), welche bei sehr vielen derselben auf Inschriften erwähnt werden. Dieser Beweis wird aber sehr problematisch theils dadurch, daß manche entschieden das Jus italicum hatten,[k]) manche es haben konnten, ohne daß wir Nachricht von diesem Umstand besitzen, theils durch die schon oben (§ 94) angedeutete Irrelevanz des Titels Duumvir selbst, wenn er nicht den Zusatz iuri dicundo hat, der in vielen jener Inschriften fehlt. Dazu kommt, daß wie manche Colonien immunes waren, vermöge einer Auszeichnung vor andern (§ 94 Note f), so manche die Jurisdiction ohne das volle Italicum erhalten haben können, ebenfalls als ein besonderes Vorrecht, das nicht allen zukam. Und dieß ist nicht eine bloße Möglichkeit, welche durch die große Anzahl der Beispiele unwahrscheinlich würde; wir haben sogar eine Stelle, die nicht undeutlich die vollkommene Stadtverfassung als eine Eigenthümlichkeit der italischen Colonien bezeichnet und sie damit den Provincialcolonien als Regel abspricht.[l])

Wenn wir sonach für die Colonien eben so wenig als für die Municipien in den Provinzen eine Exemtion von der Jurisdiction der Statthalter, wie sie das Jus italicum giebt, als Regel annehmen dürfen, so muß auf der andern Seite mit der Eigenschaft einer Colonie ein gewisser Vortheil verbunden gewesen sein, der mehrere Municipien der Provinzen unter Hadrian bewog, um Verwandlung in Colonien bei dem Princeps einzukommen. Gellius, der dieß erzählt (XVI 13), weiß keine Auskunft darüber zu geben, und ist pedantisch genug, das Gesuch einem gelehrten Irrthum dieser Städte über den Grad von Ansehen, den einer Stadt die eine oder die andere Eigenschaft beilege, zuzuschreiben, verleitet durch eine Rede Hadrian's, in der dieser es für gut fand, dem Gesuch durch solche allgemeine Redensarten auszuweichen. Wahrscheinlich verhielt sich die Sache so. Bei den allermeisten der Städte, denen das Jus italicum zugeschrieben wird, ist es gewiß, daß sie Colonien waren, bei keiner ist das Gegentheil ausgemacht.[m]) Namentlich hat Utica das J. J., und gerade diese führt Gellius unter den Städten an, die sich um die Colonialeigenschaft bemüht hätten, jenes Recht erhielt sie erst unter Severus und Antoninus. Ueberdieß wird in einer Stelle ausdrücklich bemerkt, eine Stadt sei zur Colonie gemacht, jedoch ihr nicht das J. J. ertheilt worden;[n]) schon dieß beweist einen Zusammenhang zwischen jener Eigenschaft und diesem Recht.

---

k) Z. B. Agrippina, Vienna, Lugdunum L. 8 § 1. 2 D. de censibus. (50, 15).

l) Est et Heliopolitana (colonia), quae a. D. Severo per belli civilis occasionem eine au[illegible] *italicae coloniae rempublicam* accepit, L. 1 § 2 D. de censib. (50, 15). [Einen eigen-

d) Ü[illegible]en Vorzug hatten im zweiten Jahrhundert die vier vereinigten cirtensischen Colonien in tione Impe[illegible] deren drei oberste Magistrate die tresviri praefecti iuri dicundo die Gerichtsbarkeit (Nov. 78 cap. [illegible] Richter wie die Statthalter verwalteten und deren Aedilen die quaestoria potestas Zweifel nichts a[illegible]ichen (Gai. 1, 5) delegirt war; vgl. Mommsen die Stadtverfassung Cirtas und der mit Dio Cassius [illegible]onien im Hermes IV (1869) S. 99 f. R.]

e) Die Litera[illegible] Stobi, welches Savigny für das Gegentheil anführt (Zeitschr. V S. 264 f.), in orbe rom. es[illegible]ß, ob es das Jus italicum als Municipium erhalten habe.

Bemerkungen von [illegible]pasianus Caesarienses colonos fecit non adiecto ut et iuris italici essent [illegible]. de censib.

Nur Colonien erhielten das Jus italicum, dieß erklärt das Gesuch jener Municipien; sie suchten die Colonialeigenschaft als den ersten Schritt zu dem italischen Recht, dessen Erlangung ihr eigentliches, dadurch um vieles näher gerücktes Ziel war. Es werden denn auch nur Provincialmunicipien mit diesem Gesuch angeführt; Hadrian hielt ihnen das Beispiel von Präneste entgegen, welches als Colonie von Tiberius die Eigenschaft eines Municipiums erbeten habe, — diese italienische Stadt hatte natürlich jenes Interesse nicht, ihr war es nur um den ehrenvolleren Namen zu thun.[o])

Das Resultat des Bisherigen ist folgendes. Die Zustände der Provincialstädte wurden im Lauf dieser Periode mehr und mehr vereinfacht. Regelmäßig hatten sie eine Communalverwaltung, die allmählich übereinstimmender gemacht wurde, aber keine eigenen Magistrate für die Rechtspflege, sie waren der Grund- und Kopfsteuer unterworfen, und der Grund und Boden hatte nicht das Commercium. In allen diesen Stücken machte der Stand ihrer Bevölkerung, und ihre Eigenschaft als Municipien oder Colonien an sich keinen Unterschied. Manche aber hatten in allen jenen Beziehungen das Recht der italischen Städte, mehreren waren einzelne Bestandtheile des italischen Rechts gegeben: das Recht eigener Magistrate für die städtische Rechtspflege, oder auch das Recht der Steuerfreiheit, entweder für beide Arten von Steuern, oder bloß für die Kopfsteuer. Das Commercium der Grundstücke kommt nur bei Städten mit dem vollen Jus italicum vor.[p])

---

o) [Ein wichtiger praktischer Vorzug der Colonien lag in dem durch die Staatsassignation gesicherten Rechtszustand: die Grundbücher und Flurkarten der Municipien hatten als Zeugnisse in eigener Sache keine Beweiskraft mehr (Sic. Flacc. 138, 15 Lachm., Rudorff gromatische Institutionen Schriften der röm. Feldmesser II S. 254). Die Colonien dagegen besaßen die Vortheile, welche unsere heutigen Separationen und Verkoppelungen gewähren. Die Urkunden über die Assignation haben öffentlichen Glauben, Grenz- und Wegestreitigkeiten können aus ihnen unmittelbar entschieden werden und kommen daher fortan fast nur noch in den Municipien auf arcifinischem Boden vor. Einen andern mehr äußerlichen Vorzug gab das Rangverhältniß: während nach altem Recht die Municipien kraft des Gastrechts vor den Tochterstädten der Republik den Rang behaupteten, wie im Hause der Gast gegenüber den Kindern und Verwandten (Gell. V 13), so gehen in der dritten Periode die Colonien, namentlich die militärischen (Rudorff a. a. O. S. 323—403), als Festungen und Heerestheile des neuen Militärstaats den Municipien vor: lex mamilia c. 2. 3. Plin. nat. hist. III 3. 1. Rudorff a. a. O. S. 413 bis 418. Auf der andern Seite hatten die Municipien ihre eigene lex und deren Handhabung (legis actio), man konnte also dort manumittiren, adoptiren, emancipiren, in den Bürgercolonien nicht. So vermuthet mit Recht Mommsen Stadtrechte von Salpensa (1855) S. 435. 436. R.]

p) [Eine befriedigendere Beantwortung der § 94 am Ende aufgeworfenen Frage machen die neu entdeckten latinischen Gemeindeordnungen (§ 108 b) möglich. Die Verleihung der Latinität an eine Gemeinde macht 1) die Bürger (municipes) zu cives Latini ingenui mit dem Recht der potestas manus mancipium, der iusta tutela, dem Recht, durch Manumission vor dem Duovir ihre Sclaven zu Latini libertini zu machen (Salp. 21—23). 2) Die Beisassen (incolae) können Peregrinen oder cives Romani Latinive sein, im letzteren Fall sind sie gleich den municipes bei den Wahlen stimmberechtigt (Mal. 53). Durch Bekleidung eines ordentlichen Gemeindeamts werden Bürger und Insassen sammt Aeltern, Frauen und Kindern cives Romani, dadurch ändert sich ihre Civität, nicht aber Origo, Potestas, Patronat und tutoris optio (Salp. 22. 23). 3) Die Gemeinde verwandelt sich aus einer stipendiaren oder föderirten in ein municipium, d. h. sie erhält die Stellung einer ehemals souveränen altlatinischen Gemeinde mit wechselseitigem öffentlichen Gastrecht. Aus dieser ehemaligen Souveränetät folgt die Selbstregierung, Autonomie und Autodikie (suae leges et iudicia); vermöge der Fiction der Latinität erhält sie die altlatinische und vorservianisch-römische Verfassung: Eintheilung der Bürgerschaft in Curien (nicht in die jüngeren Tribus und Centurien), einen Senat von 100 Mitgliedern, einen Präfectus Urbi und Quästor (nicht die jüngeren Prätoren, Tribunen, Censoren), nur die Gerichtsädilen, obgleich nachservianisch, aber doch schon 387 vor Auflösung des latinischen Bundes eingeführt, finden sich auch hier wieder. — Die Verleihung der Latinität an die Bürger und die Gemeindeordnung können übrigens zwei verschiedene Acte sein, die erstere hatte z. B. schon Vespasian, die letztere erst Domitian den spanischen

Die römische Rechtswissenschaft.*)

XCVI. Gegen das Ende der freien Republik war das römische Recht zu einer Masse von Rechtssätzen herangewachsen, die es der natürlichen Auffassung mit den gewöhnlichen Mitteln der Kenntniß, wie sie jedem Bürger offen stehen, immer schwieriger, ja unmöglich gemacht hatte, sich ihrer zu sicherer Anwendung in den vorkommenden Fällen zu bemächtigen. Diese Mannigfaltigkeit von Rechtssätzen war aber nicht bloß eine äußere, durch eine Menge von neuen Verhältnissen, für welche neue rechtliche Normen entstanden, begründet, indem die alte Einfachheit der Sitten und Bedürfnisse aus dem Volk entwich, und damit auch der enge Kreis des Rechts sich erweiterte, sondern sie war zugleich eine innere: neben die alten individuell römischen Rechtsanschauungen hatten sich moderne, allgemeinere Ansichten eingedrängt und geltend gemacht. Die Anforderungen dieser waren zu befriedigen, Collisionen zwischen zwei mächtigen Principien, der civilis und naturalis ratio, thaten sich hervor, die Vermittelung beider hatte begonnen, die Sicherheit des Rechts forderte ihre Vollendung.

Wenn nun dem Bürger in seinem rechtlichen Verkehr, in den verwickelten Verhältnissen, welche angehäufter Geldreichthum, ausgedehnter Grundbesitz, und ein Netz von Geschäftsverbindungen über einen beträchtlichen Theil der bekannten Welt in ihrem Gefolge hatten, der Beirath und die Hülfe von Rechtskundigen immer unentbehrlicher ward, wenn die Thätigkeit dieser an Umfang und Bedeutung zugenommen hatte, so mußten sie bald gewahr werden, daß der altübliche Betrieb ihrer Kunst, daß das bisherige Maß ihrer juristischen Bildung nicht mehr genügte. Die Schranken, in denen sich ihre Vorfahren eingeschlossen hatten, mußten fallen, das neuere Rechtselement des Jus Gentium, wie es vor allem in den magistratischen Edicten ein Organ gefunden hatte, war in den Kreis ihrer Anschauung und Bearbeitung hereinzuziehen, einer freieren Ansicht des Rechts mußten sie sich zuwenden, ein über die Gegensätze des Jus civile und Gentium sich erhebender Standpunkt war von ihnen einzunehmen. Schon in dem Bereich des Jus civile selbst waren vielfach Ungewißheiten entstanden, es gab ein ius controversum; diese Zweifel ließen sich nicht durch die früheren Mittel der Rechtskenntniß erledigen, die äußeren Autoritäten reichten nicht aus, um darüber hinwegzuhelfen, innere Gründe waren nöthig, um die Wahrheit zu ermitteln, wo gleiches Ansehen sich gegenüberstand. Eine systematische Erkenntniß des Rechts wurde unumgänglich, um dem Beruf eines Respondenten mit Erfolg und Ehre vorzustehen.[a]

Zu derselben Zeit war bei den Römern unter den öffentlichen Stürmen

---

Latinerstädten verliehen. — Hieraus folgt nun: 1) Es gab nicht blos municipia civium Romanorum, sondern auch Latinorum, 2) die freiere Verfassung mit selbstgewählten Magistraten und städtischer Jurisdiction ist eine Folge der bloßen Municipaleigenschaft der Gemeinde (Salp. 28. Mal. 65. 69), 3) die italische Gemeindeverfassung und persönliche Steuerfreiheit lag also schon in der Latinität, nur das Recht des italischen Bodens (Erbschaftssteuer statt der Grundsteuer, Unveräußerlichkeit des fundus dotalis italicus, worauf L. 7 D. de cens. 50. 15 ging, Nexum, Usucapion, annalis exceptio contractus italici und temporalis praescriptio legis Furiae) setzten regelmäßig eine italische Ansiedelung (colonia italici iuris) voraus. Umgekehrt enthielt eine italische Colonie, wenn die Eigenschaft kein leerer Titel war, die italische Gemeindeverfassung L. 1 § 2. 3 D eod.; dieß übersieht Mommsen Stadtrechte von Salpensa und Malaca 1853 S. 400 Anm. 23 a. E. R.]

*) [Vgl. Bruns Geschichte des röm. Rechts § 27 in Holtzendorffs Encyclopädie der Rechtswissenschaft I.]

a) Vgl. oben § 76.

und Drangsalen der wissenschaftliche Geist mächtig geworden; dieser warf sich auch auf das Recht, auf die Seite seines geistigen Lebens, durch welche dieses Volk unter allen übrigen hervorleuchtete. Kein Wunder, wenn die Juristen dieses Volks, dem in der Geschichte des menschlichen Geistes die Ausbildung des Rechts als Loos zufiel, während es fast in jeder andern Wissenschaft und Kunst auf Nachahmung und Aneignung fremder Leistungen gewiesen war, ihre Jurisprudenz zu einem Grade von Vollkommenheit brachten, in welchem sie ausersehen sind, die Lehrer aller kommenden Zeiten zu sein.

Das angeborne Talent der Römer für die Jurisprudenz ward durch die Wendung der öffentlichen Dinge unterstützt. Die Juristen müssen sich als die natürlichen Vertreter ihrer Nation im Recht fühlen; das Recht lebt in ihrem Bewußtsein, wie es bis dahin in dem unmittelbaren Bewußtsein des ganzen Volks gelebt hat, aus dem es zwar nicht entwichen, von dem es aber doch nicht mehr vollständig umfaßt ist. Jenes Gefühl nun giebt der Rechtswissenschaft erst die innere Würde, die zu ihrem Gedeihen nicht entbehrt werden kann; ohne dasselbe ist der Jurist entweder ein dunkler Pedant, oder ein halbgezwungener Fröhner. In der Zeit der Blüthe der Republik trat das ganze Volk noch zu selbstthätig bei den öffentlichen Angelegenheiten auf, als daß das Gefühl einer Repräsentation desselben sich hätte entwickeln können; als die freie Republik sich zu ihrem Ende zu neigen begann, waren es die Redner, in welchen das Volk seine Repräsentanten erkannte. Noch Cicero, obwohl eine Wendung der Dinge schon unmittelbar bevorstand, konnte, das überwiegende Ansehn des Feldherrn- und Rednerberufs rühmend, mitleidig auf die Jurisprudenz, als eine tenuis scientia, in der keine Würde liegen könne, herabsehen,[b] und wie stark auch die Uebertreibung sein mochte, deren er sich hier schuldig machte, so mußte doch ein Kern von Wahrheit, wenn auch vielleicht zum größten Theil einer vergangenen Wahrheit, darin enthalten sein, wenn er diese Rede, ohne das Auspochen fürchten zu müssen, wagen durfte. Wie aber mit der Gewalt des Volks die Macht der Rede ihren Einfluß auf das öffentliche Leben verlor, trat die Jurisprudenz in ihre Rechte ein. „Die Redekunst, zur Zeit der Freiheit „die erste unter den Künsten des Friedens, hatte seit dem Untergang der Frei„heit alle Ehre so wie alle Kraft und Wirkung verloren. In dem Rechte da„gegen hatte sich vom alten Rom mehr als in irgend einem andern Theile des „öffentlichen Lebens erhalten. Wer also noch römisch gesinnt war, mußte sich „hier am meisten einheimisch fühlen, und die edelsten Kräfte mußten der Juris„prudenz zufallen."[c] Der Römer, welcher mit patriotischer Trauer über den politischen Verfall seines Volks erfüllt war, fand in dieser Wissenschaft Trost und zugleich eine öffentliche Thätigkeit, einen Einfluß, den keine politische Partei, kein Machthaber zu unterdrücken oder zu beschränken vermochte. Als alles umher sich vor der entsittlichenden Macht der Imperatoren beugte, oder leeren Einbildungen sich hingab, stand in den Juristen noch der alte römische Charakter aufrecht und ungebrochen. Die römischen Juristen, noch bis ans Ende des zweiten und den Anfang des dritten Jahrhunderts, da das ganze übrige römische Wesen, hoch und niedrig, in Trümmer ging, erscheinen gleich groß und bewunderungswürdig, wir mögen ihre gesammte Existenz mit dem gesinnungslosen Treiben, oder ihre Schriften mit den schwächlichen literarischen Producten der Masse ihrer Zeitgenossen vergleichen, von denen die besten, wenn es hoch kam, in nagendem Verdruß und machtlosem Eifer sich verzehrten.

b) Cic. pro Murena 11.
c) Savigny Gesch. des R. R. im M. A. I S. 25

Um uns von dem allgemeinen Charakter der römischen Jurisprudenz eine richtige Vorstellung zu verschaffen, und ihre hohe Vollendung zu erklären, wird es nothwendig sein, den Einfluß hervorzuheben, den die Einrichtung des römischen Gerichtswesens auf sie gehabt hat. Die Eigenthümlichkeit, die ich im Auge habe, läßt sich mit zwei Worten ausdrücken: die Juristen waren nicht Richter, die Richter waren nicht Juristen. Auf den ersten, oberflächlichen Blick könnte man geneigt sein, zu glauben, dieser Umstand habe der praktischen Behandlung des Rechts geschadet, die römischen Juristen seien dadurch in die Gefahr gekommen, in unfruchtbare Theorien sich zu verlieren, und das wirkliche Leben aus den Augen zu setzen. Es trat aber gerade das Gegentheil ein. Die römische Jurisprudenz war eben darum so vollkommen, daß ihr der Gegensatz zwischen Theorie und Praxis in der Art, wie er die moderne Rechtswissenschaft bedrückt, und wie er nur zwischen einer falschen Praxis und einer unächten Theorie möglich ist, ganz fremd war, obwohl er dem Alterthum und selbst ihrer Zeit in andern Zweigen des Wissens nicht unbekannt gewesen ist; und diese glückliche Freiheit von diesem Uebel verdankten sie hauptsächlich jener Einrichtung.

Die Entgegensetzung von Theorie und Praxis, von Wissen und Darstellung des Rechts und Anwendung desselben auf die wirklichen Verhältnisse des Lebens, wie sie sich in ihren individuellen Gestaltungen als einzelne Fälle darbieten, ist an sich eine gegebene und unumgängliche, die aber in so weit ganz äußerlich bleibt und die Natur des Rechts nicht afficirt. Vielmehr verlieren wir sie aus den Augen, so wie wir in das Wesen der Sache selbst eingehen. Denn die Theorie muß das Recht als ein anzuwendendes zum Gegenstand haben, und der Gegenstand der Anwendung ist das durch die Theorie gefundene Recht. Etwas ganz anderes ist es, wenn der Gegensatz in das Innere der Sache selbst eindringt, wenn Theorie und Praxis sich in ihrem Gegenstand und seiner Behandlung entzweien, so daß bei der Anwendung ein Recht zum Vorschein kommt, von dem die Theorie nichts weiß, und die Theorie ihre Aussprüche giebt, als ob ihre Anwendbarkeit durchaus kein wesentliches Element des Rechts wäre, und beide ohne Rücksicht auf einander, die einer gegenseitigen Verachtung etwa ausgenommen, ihre eigenen getrennten Wege gehen, wie wenn es zwei total verschiedene Rechte gäbe, ein Recht der Bücher und ein Recht der Acten. Auf welchem Wege die Jurisprudenz sich in diesen unsinnigen Zustand verirren kann, davon haben wir gewisse Erscheinung. Wenn die Anwendung des Rechts ausschließlich rechtsgelehrten Beamten übergeben, und diesen ohne Unterschied alles, was zur Besorgung dieses Amts gehört, das Höchste wie das Geringste, zugewiesen wird, so läßt sich allerdings nicht die Nothwendigkeit jener Folgen behaupten, noch daß sie nicht durch vorsehende Einrichtungen und durch die Kraft einer tüchtigen Gesinnung vermieden werden könnte. Aber mit einem solchen Amt pflegt sich eine solche Menge untergeordneter, zufälliger, das Wesentliche überkleidender Geschäfte zu verbinden, es setzen sich so viele äußerliche, handwerksmäßige Geschicklichkeiten an, auf die sich im Gegensatz zu den höheren Kenntnissen der Werth eines greifbaren, sicheren und unbestreitbaren Besitzes legt, daß sich die Praxis nur allzuleicht mit diesen exoterischen Thätigkeiten identificirt, und die Theorielosigkeit derselben über die ganze Rechtsanwendung sich verbreitet. Das Ende ist eine unwissenschaftliche, sich selbst genügende Praxis, welcher ebenso eine unpraktische Wissenschaft gegenübertritt; zu der letzteren wird es unter diesen Umständen kommen, auch wenn dieselbe Person Praxis und Theorie, aber wie in zwei geschiedenen Wohnungen bei sich

beherbergt, noch leichter freilich dadurch, daß es Juristen giebt, „denen nichts das Leben lehrte," weil man nicht diese Anforderung an sie stellte, und weil sie nicht die freiwillige Neigung, oder nicht das Geschick hatten, die trennende Wand zu durchbrechen.

Die römischen Juristen befreiten sich von den mechanischen Geschäften, welche einen beträchtlichen Theil des Berufs der älteren Rechtskundigen ausgemacht hatten. Zum Theil war es die fortschreitende Entwickelung des Rechts, der freiere, von dem älteren Formelwesen sich abwendende Charakter desselben, wodurch ihre Mitwirkung bei Rechtsgeschäften und bei der Rechtsanwendung überhaupt mehr auf den eigentlich rechtlichen Gehalt der Fälle gerichtet worden war. Das mehr Mechanische, welches bei ihrem Beruf noch immer vorkam, ließen sie durch Andere besorgen, namentlich auch durch angehende Juristen unter ihrer Aufsicht, so daß jeder Jurist auch diese Schule durchmachte, aber mit der Aussicht, davon befreit zu werden; dadurch kam er nicht in Gefahr, diese Dinge mit dem Wesentlichen des Berufs zu verwechseln, oder in der Fertigkeit darin die wahre Praxis des Rechts zu finden. Indem somit die Thätigkeit der Juristen auf das Wesen der Sache ging, ungetrübt durch Obliegenheiten geringerer und ungeistiger Art, so daß ihr Beruf sich ganz auf ihre Wissenschaft, und ihre Wissenschaft ganz auf ihren Beruf sich bezog, konnte bei ihnen weder eine unlebendige Theorie, noch eine unwissenschaftliche Praxis entstehen, Theorie und Praxis standen bei ihnen in dem allein wahren Verhältniß, daß sie in einander aufgingen.

XCVII. Eine große Anzahl von Juristen wird uns von der Zeit an, wo die Rechtswissenschaft begann, bis in das dritte Jahrhundert hinein genannt. Von nicht wenigen mag selbst der Name untergegangen sein, von vielen ist uns nichts oder wenig mehr als eben nur der Name bekannt. Bei den übrigen besitzen wir theils einige Notizen über ihr Leben, ohne von ihren Schriften eine genügende Kenntniß zu haben, theils tritt der umgekehrte Fall ein; bei vielen erstreckt sich unsere Kenntniß auf beide Punkte, ohne jedoch immer eine befriedigende, noch weniger eine vollständige zu sein. Man hat oft versucht, diese Notizen zusammenzustellen,[a] in früherer Zeit war es nicht ungewöhnlich, die Nachrichten über den einen oder den andern der römischen Juristen zum Gegenstand besonderer, namentlich academischer Gelegenheitsschriften zu machen.[b] In dem Folgenden sollen die hauptsächlichsten, und für uns interessantesten Notizen über die einzelnen Juristen und ihre Theilnahme an dem ganzen Gebäude der römischen Jurisprudenz ausgehoben werden.[c]

---

a) Zu den älteren Werken dieser Art gehören Bern. Rutilius vitae ICtorum 1536. Jo. Bertrandus βίοι νομικῶν s. de iurisperitis libri II 1617. 2. ed 1675. Guid. Pancirolus de claris legum interpretibus libri IV 1637, zuletzt 1721 (hierher gehört Lib. I cap. 11—64). Guil. Grotius vitae ICtorum, quor. in Pandectis extant nomina, conscriptae 1690. Entbehrlich werden sie durch die weit sorgfältigere Zusammenstellung von Zimmern Gesch. des röm. Privatr. I § 76—103 (S. 284—387).

b) Vgl Haubold inst. literariae p. 349 sqq. und Zimmern a. a. O. Auch die neuere Zeit hat solche Schriften hervorgebracht, von denen die meisten zugleich eine Interpretation erhaltener Bruchstücke aus den Werken dieser Juristen zum Zweck haben, besonders auf den niederländischen Universitäten; eine der neuesten und zugleich besten, mit Einsicht verfaßten Arbeiten dieser Art ist Rob. Schneider quaest. de Servio Sulpicio Rufo Lipsiae 1834.

c) Für die Juristen bis Hadrian ist eine Hauptquelle das schon für die Prudentes der zweiten Periode angeführte Fragment aus dem Enchiridion des Pomponius in L. 2 D. de orig. iur. 1, 2), hierher gehören § 41—47 desselben. — Bei den Juristen, von denen Excerpte in den Digesten Justinians stehen, wird dieß bemerkt, und die Zahl der Stellen nach Haubold angegeben

Wir haben in das siebente Jahrhundert der Stadt zurückzugehen. Der erste, dem eine eigentlich wissenschaftliche Behandlung und Darstellung des Rechts zugeschrieben werden kann (ius civile primus constituit generatim in libros decem et octo redigendo, sagt Pomponius von ihm), ist Q. Mucius Scävola, Sohn des Publius, Pontifex Maximus (zum Unterschied von Q. Mucius dem Augur), Consul 659.*) Er wird von Cicero häufig erwähnt und galt als der angesehenste Jurist seiner Zeit. Er kam um in den marianischen Unruhen 671. Jene libri XVIII iuris civilis haben ohne Zweifel einen großen Einfluß auf seine Zeitgenossen, und auf die Darstellung des Rechts durch die späteren Juristen ausgeübt, von denen sie angeführt werden, und bei der Abfassung größerer Werke als Muster befolgt worden sind. Aus einer andern Schrift von ihm, liber singularis ὅρων (definitionum, kurzgefaßter Rechtsregeln), sind vier Stellen in Justinian's Digesten aufgenommen. Unter seinen Zeitgenossen schlossen sich nicht wenige an ihn an, um sich nach seinem Muster zu bilden: ego, sagt Cicero (Brut. 89), iuris civilis studio multum operae dabam Q. Scaevolae P. F., qui quamquam nemini se ad docendum dabat, tamen consulentibus respondendo studiosos audiendi docebat, d. h. er gab sich nicht mit dem Unterricht außer den Geschäftsstunden, noch weniger mit den vorbereitenden Unterweisungen ab, welche überhaupt nicht von angesehenen Juristen erwartet werden durften, wenn nicht etwa mancher durch eine besondere Neigung dazu bestimmt wurde, wie Lucilius Balbus, der den Servius unterrichtete,[d]) und wenig Geschick für den eigentlichen Juristenberuf besaß.[e]) Scävola's Ansehen war so befestigt, daß er Gutachten über gewisse Rechtsverhältnisse, das ius praediatorium, ablehnte, und die Anfragenden an andere Juristen, die gerade diesen Theil des Rechts sehr genau kannten, verwies, ohne daß dieß seinem Ruf als Jurist Eintrag gethan hätte.[f]) Die strenge Rechtlichkeit und Reinheit seines Charakters wird vielfach belobt; ein Beweis, wie ihn kaum einer seiner Zeitgenossen für sich hätte aufbringen können, war seine musterhafte Verwaltung der Provinz Asien; nicht bloß creirten die Asianer in dankbarem Andenken an ihn einen Festtag, den sie Mucia nannten, ein noch entscheidenderes Zeugniß liegt in der Erbitterung der römischen Publicanen gegen seine Verwaltung.[g]) Unter seinen Auditores war der angesehenste C. Aquilius Gallus, Prätor 688 (zugleich mit Cicero). Cicero, sein engverbundener Freund, deutet an, daß er bei außerordentlicher Gewandtheit in den Geschäften es wohl zuweilen habe an Genauigkeit und Sorgfalt fehlen lassen.[h]) Seine rastlose Thätigkeit hinterließ auch für die Folgezeit Spuren in einzelnen Rechtsbestimmungen und Geschäftsformeln, die noch später von ihm genannt werden (stipulatio aquiliana, postumi aquiliani), ein Andenken, das er nicht seinen eigenen Schriften, von denen (wenn er überall deren verfaßte) schon zu

werden, dessen Zählung freilich schon deswegen nicht überall zulässig sein kann, weil die Scheidung der selbständigen Stellen, und der in der Stelle eines andern Juristen erwähnten Aeußerungen einmal schon bei der Abfassung der Digesten selbst nicht gleichmäßig durchgeführt, und dann auch in den Ausgaben öfters vernachlässigt ist.

*) [Schneider die drei Scävola Cicero's 1879.]

d) L. 2 § 43. D. de orig. iur.

e) Cic. Brut. 42. Ueber diese verschiedenen Arten des Unterrichts s. unten § 103.

f) Val. Max. VIII 12.

g) Pseudo-Ascon. ad div. in Caecil. 17 § 57: Huius quaestor Rutilius Rufus damnatus est, quod cum praetore consenserit suo, ne publicani aliquid agerent in provincia sua. Quo cognito equites romani (nam tum, ante syllana tempora, iudicabant) damnarunt eum. S. oben § 66.

h) Cic. Brut. 42.

Pomponius' Zeit nichts mehr vorhanden war, ſondern ſeinem Schüler Servius verdankte, der ihn häufig anführte, und aus deſſen Büchern er auch von den Späteren oft citirt wird. Seine Prätur bezeichnete er durch einen bedeutenden Fortſchritt in dem billigeren Recht, indem er zuerſt eine Klage wegen rechtswidriger Täuſchung (iudicium de dolo malo) gab, während früher die Rechtshülfe aus dem Grund, daß man durch betrügliches Verfahren in Nachtheil gebracht worden ſei, nur ſehr beſchränkt zugelaſſen wurde.[i])

Noch ausgezeichneter als Gallus iſt ſein Schüler Servius Sulpicius Rufus, ohngefähr gleichen Alters mit Cicero, Conſul 703, ſtarb 711. Pomponius erzählt, wie er dazu gekommen ſei, Juriſt zu werden. Nächſt Cicero der beſte Redner, hatte er in einer von ihm zu vertheidigenden Rechtsſache Q. Mucius um ein Gutachten angegangen, der Juriſt ſagte ihm ſeine Meinung, die jener, des Rechts unkundig, nicht verſtand, er wiederholte ſie ausführlicher mit gleich ſchlechtem Erfolg, und brach endlich unwillig in die Worte aus: turpe esse patricio et nobili et causas oranti, ius, in quo versaretur, ignorare. Dieſe Demüthigung brachte jenen dazu, ſich auf das Studium des Rechts zu werfen und darin außerordentliches zu leiſten. Er hinterließ gegen 180 libri (Theile oder Abſchnitte, nach welchen die Römer den Umfang der Werke bezeichnen), unter anderen auch Berichtigungen zu den Schriften des Juriſten, der ihn in die Jurisprudenz hineingetrieben hatte,[k]) mehrere davon waren noch zu Pomponius' Zeit in Gebrauch, und er wird noch von den ſpäteſten Juriſten ſehr häufig citirt. Cicero nennt ihn den erſten aller Juriſten, und ſetzt ihn noch über Q. Mucius,[l]) natürlich: nicht bloß mußte ihm ein Redner, welcher der Jurisprudenz ſich zuwandte, das Höchſte leiſten, ſondern die logiſche Methode, die Servius in ſeinen juriſtiſchen Schriften befolgte, erſchien ihm als die vollkommenſte Form, welche die Wiſſenſchaft erhalten könne.[m]) In ihm fand er die Verwirklichung des Ideals, das er in den Büchern de oratore aufſtellt, die dort auftretenden Craſſus und Mucius ſind das Bild von ihm und Servius. Servius hatte ihm den erſten Platz in der erſten Kunſt (der Rede) eingeräumt, er verdiente in der zweiten für alle Zeiten der Erſte zu ſein.[n]) Von den zahlreichen Nachfolgern und Anhängern des Servius nennt Pomponius zehn, aus den Schriften von acht ſetzte einer derſelben, Aufidius Namuſa, ein großes Werk in 140 Büchern zuſammen; darauf bezieht es ſich, wenn von den Späteren Servii auditores als ein Collectivum citirt werden. Die vorzüglichſten Schüler des Servius waren Aulus Ofilius und Alfenus Varus. Aulus Ofilius, der auch von Cicero als Reſpondent genannt wird,[o]) ſtand in enger Verbindung mit Cäſar, ohne Staatsämter zu bekleiden, ſchrieb viele Bücher über alle juriſtiſchen Fächer, auch über mehrere, worüber

---

i) Cic. de nat. deor. III 30. de off. III 14.

k) Reprehensa Scaevolae capita Gell. IV 1. Notata Mucii L. 30 D. pro soc. (17, 2).

l) Cic. Brut. 41. 42.

m) — artem, quae doceret rem universam tribuere in partes, latentem explicare definiendo, obscuram explanare interpretando, ambigua primum videre, deinde distinguere, postremo habere regulam, qua vera et falsa iudicarentur, et quae quibus positis essent, quaeque non essent consequentia. Hic enim (Servius) attulit hanc artem, omnium artium maximam, quasi lucem ad ea, quae confuse ab aliis aut respondebantur aut agebantur. »Dialecticam mihi videris dicere, inquit.« Recte, inquam, intelligis: sed adiunxit etiam et literarum scientiam et loquendi elegantiam, quae ex scriptis eius, quorum similia nulla sunt, facillime perspici potest.

n) — videtur mihi in secunda arte primus esse maluisse, quam in prima secundus.

o) ad fam. VII 21.

bis dahin keine Schriften existirt hatten, zu dem Edict des Prätor schrieb er den ersten ausführlichen Commentar (edictum praetoris primus diligenter composuit), während vor ihm nur Servius zwei ganz kurze Bücher darüber abgefaßt hatte. Er mag einen bedeutenden Antheil an der Conception der Gesetze, die unter Cäsar's Einfluß gegeben wurden, gehabt haben.[p] Alfenus Varus, der auch Consul war, wahrscheinlich einer der vielen suffecti unter August. Der Scholiast des Horatius bezieht dessen Worte: ut Alfenus vafer, omni abiecto instrumento artis, clausaque taberna sutor (oder tonsor) erat — auf unsern Alfenus Varus, der dieses Handwerk in Cremona getrieben habe, und dann in Rom unter Servius ein so angesehener Jurist geworden sei, daß er die Ehre des Consulats und eines Leichenbegängnisses auf Staatskosten erlangt habe. Pomponius hat nicht für gut befunden, von diesem Umstand Meldung zu thun, und Neuere haben mit großem Eifer die Glaubwürdigkeit des Scholiasten in diesem Punkt bestritten. Aus seinen Digestorum libri XL sind 54 Stellen in die Digesten Justinian's aufgenommen. Gellius (VI 5) rühmt die antiquarischen Notizen, die in dem Werk vorkamen, indem er eine Stelle über das karthagische Bündniß aushebt; eine allgemeinere Bildung verräth auch ein anderes Fragment dieses Werks.[q] Gleichzeitig mit den vorigen und Schüler eines Cornelius Maximus war C. Trebatius Testa, ein jüngerer Hausfreund und Schützling Cicero's.[r] Pomponius bemerkt, er habe Ofilius nachgestanden, und seine Schriften, obwohl noch vorhanden, stünden in geringem Ansehen. Den Eindruck mittelmäßiger geistiger Kräfte empfangen wir auch durch das Bild, welches sich aus Cicero's Briefen an ihn darstellt, nicht bloß aus dem, was Cicero ihm schreibt, sondern auch aus dem, worüber er gegen ihn Stillschweigen beobachtet. Dieß wird besonders deutlich, wenn wir mit jenen die gleichzeitigen Briefe an den jungen Curio vergleichen. In dem Em-

---

p) [Sanio über Cäsar's Gesetzsammlung und die juristischen Schriften des Aulus Ofilius, rechtshist. Abh. und Studien 1845 I 1 Num. 2. — vgl. dazu: Huschke Zeitschr. f. gesch. Rechtsw. XV Num. 7 — nimmt an, daß es Ofilius war, durch welchen Cäsar seinen Plan (§ 107 a § 116 a) in's Werk setzte, die für den neuen Militärstaat noch brauchbaren Leges der alten Stadtrepublik zu sammeln, und daß sich die Notiz des Pomponius: de legibus XX libros conscripsit (nach Huschke's Verbesserung der L. 2 § 44 D. de O. I. 1 2) auf diese Gesetzsammlung des Ofilius bezog. Wenn man hinzunimmt, daß derselbe Jurist zugleich das obrigkeitliche Recht (de iurisdictione edictum) die praktische Anwendung beider Rechte, des civilen und magistratischen, in seinen Kreis zog, so wird man es nicht übertrieben finden, wenn ihn Huschke „den Tribonian der Republik" und diesen wiederum „den Ofilius des alten Roms" genannt hat. — Dagegen hält Mommsen (Bekkers Jahrbuch II S. 324 Note 6) die Lesart de legibus vicesimae primus conscripsit fest, weil „auf die bekannten Interpolationen der Königsberger Handschrift nach den richtigen Regeln der Textkritik in den Pandekten kein Gewicht gelegt werden könne." Dieß beweist aber noch nicht gegen die ursprüngliche Lesart, welche vielmehr durch eine ältere Corruption verdorben scheint: denn Pomponius giebt bei den juristischen Werken nicht nur regelmäßig die Bücherzahl an, sondern sagt sogar unmittelbar vorher auch von Ofilius: 'libros de iure civili plurimos et qui omnem partem operis fundarent reliquit', wozu das Folgende nam de legibus XX libros oder besser XXI conscripsit die Erläuterung giebt, während de legibus vicesimae primus conscripsit in diesen Zusammenhang gar nicht passen würde. R.]

q) L. 76 D. de iudic. (5, 1). [Mommsen Zeitschrift für Rechtsgeschichte VII S. 481 nimmt an, daß die Digesta des Varus mit dem obigen Sammelwerk des Namusa identisch seien, und streicht deshalb centum in l. 2 § 44 cit.; vgl. H. Pernice Miscellanea zu Rechtsgeschichte und Texteskritik I (1870) S. 31 f.]

r) An ihn sind die Briefe Cic. ad famil. V 6 — 22, größtentheils aus der Zeit, wo Trebatius mit Empfehlungen seines Gönners in der Provinz bei Cäsar sich befand, um Vermögen zu erwerben. Später veranlaßte er, der selbst als Poet auftrat, Horatius zur 1 Sat. des 2 Buchs durch die Ermahnung, keine Satiren zu schreiben, sondern lieber die Thaten des Augustus zu besingen.

pfehlungsſchreiben an Cäſar (fam. VII 5) ſagt Cicero nach einem allgemeinen Lob, das er dem Empfohlenen ſpendet: accedit, quod familiam ducit, in iure civili singularis memoria, summa scienta. Seltſam genug haben Manche, indem ſie nach civili interpungirten, das familiam ducere in iure civile von der hervorragenden Stellung des jungen Mannes unter den damaligen Juriſten verſtanden und ihn zum Haupt wenigſtens einer Juriſtenſchule gemacht.[s]) Cicero ſagt vielmehr: dazu kommt, wodurch er ſich beſonders empfiehlt, eine ſichere, ſtets parate, und gründliche Kenntniß des Jus civile. Von dem neben Trebatius genannten, aber älteren Aulus Caſcellius ſagt Pomponius, er ſei als Redner bedeutender geweſen, denn als Juriſt; er zeigte ſich wenig fügſam gegen die neue Ordnung der Dinge, beendigte ſeine politiſche Laufbahn mit der Quäſtur, indem er das von Auguſt angebotene Conſulat ausſchlug. Valerius Maximus erzählt von ihm mit ſervilem Entſetzen, er habe die Verleihungen der Triumvirn in der Ausübung ſeines Berufs nie anerkennen wollen (de aliqua earum rerum, quas triumviri dederant, formulam componere), und den wegen ſeines Freimuths für ihn beſorgten Freunden geantwortet: duas res, quae hominibus amarissimae videntur, magnam sibi licentiam praebere, senectutem et orbitatem.[t]) Q. Tubero, Schüler des Oſilius, ging von dem Rednerberuf zur Jurisprudenz über, als er den Ligarius, welchen Cicero vertheidigte, ohne Erfolg angeklagt hatte. Pomponius rühmt ſeine tiefe Rechtskenntniß, tadelt aber die von ihm angenommene altväteriſche Schreibart, die dem Gebrauch ſeiner Schriften Eintrag thue. — Manche Schriftſteller der Zeit, welcher die bisher Erwähnten angehören, pflegen von den Neueren mit erwähnt zu werden, weil ihre Schriften das Recht betrafen, obgleich ihre Eigenſchaft als Juriſten unbekannt, oder ſogar das Gegentheil gewiß iſt (§ 76). So Cicero ſelbſt, der freilich Rechtskenntniß beſaß, aber gewiß kein Juriſt war, ferner Aelius Gallus, der ein Werk de verborum quae ad ius pertinent significatione ſchrieb, von den römiſchen Juriſten und Alterthumsforſchern vielfach benutzt und citirt wird,[u]) aber ſchwerlich Juriſt geweſen iſt. Eine Stelle von ihm iſt in die juſtinianiſchen Digeſten gekommen.[v])

XCVIII. Unter Auguſt lebten zwei Juriſten, die von den Späteren ausgezeichnet werden, theils wegen ihres Anſehens vor allen ihren Zeitgenoſſen, theils wegen des ſowohl politiſchen als wiſſenſchaftlichen Gegenſatzes, in dem ſie ſtanden. Der eine iſt Antiſtius Labeo, deſſen Vater Quintus (ebenfalls Juriſt) Brutus und Caſſius in die Schlacht von Philippi gefolgt war, und nach deren Verluſt die Freiheit der Republik nicht überleben wollte.[a]) Die politiſche Geſinnung des Vaters vererbte ſich auf den Sohn, deſſen Anſehen als Juriſt durch den Widerſtand, den er in ſeiner Sphäre den politiſchen Neuerungen und

---

s) Andere haben das familiam ducere richtig erklärt, aber mit Beibehaltung der unrichtigen Interpunction überſetzt: dazu kommt, was im Jus civile die Hauptſache iſt u. ſ. f., was unter andern ſchon deswegen unſtatthaft iſt, weil Cicero die Eigenſchaft ſeines Schützlings, Juriſt zu ſein, vorher noch nicht erwähnt hatte. [Zu einem günſtigeren Urtheil gelangt A. Pernice Labeo I S. 18 f.]

t) Val. Max. VI 2, 12.

u) S. Dirkſen Bruchſtücke S. 65 ff. aus Varro, Feſtus, Gellius und Macrobius. Vgl. jedoch Lachmann Zeitſchr. für geſch. Rechtswiſſ. XI S. 116 f. [Huschke Iurispr. ant. p. 94—98.]

v) In dem Verzeichniß der Juriſten, aus denen die Digeſten zuſammengeſetzt ſind (index florentinus), iſt er nicht erwähnt.

a) Appian. de bell. civ. IV 135.

dem Bestreben Auguſt's, ihn zu gewinnen, leistete, nicht wenig vermehrt ward.[b] In dieſes ablehnende Verhältniß hatte er ſich nicht geſetzt, um einer ſich in dem Widerſtand gegen den Machthaber gefallenden Eitelkeit zu fröhnen, während bei der milden Geſinnung Auguſt's in der That nur eine geringe Gefahr damit verbunden war; denn er trat der Nichtachtung des guten alten Rechts, das nicht verfaſſungsmäßig aufgehoben war, auch in den niedrigen Sphären entgegen, wo die Bethätigung ſeiner Ueberzeugung, die für manchen Zeitgenoſſen ein ſtiller Vorwurf war, bedenklichere Folgen für ihn haben konnte. Ueber ſeine Stellung als Juriſt wird folgendes berichtet. Sein Studium hat das Ausgezeichnete, daß er, nachdem ihm der erſte Unterricht von Trebatius ertheilt worden war, bei allen damaligen Juriſten hörte, was ihm eine weit größere Freiheit von den Anſichten Einzelner gab, als die Sitte, ſich vornehmlich Einem anzuſchließen, Andern zu vergönnen pflegte. Zugleich hatte er eine vielſeitigere Bildung auch in andern Kenntniſſen, als die Mehrzahl ſeiner Zeitgenoſſen.[c] Seine Zurückgezogenheit von den Staatsgeſchäften gab ihm Muße für die wiſſenſchaftliche Bearbeitung des Rechts, die Hälfte des Jahrs brachte er in Rom zu mit der Ausübung des praktiſchen Berufs, wobei er vielen Anhängern mündliche Anleitung gab, die andere war der ſchriftſtelleriſchen Thätigkeit gewidmet. Er hinterließ 400 Bände, von großem und fortwirkendem Einfluß auf die Bearbeitung der Rechtswiſſenſchaft, die meiſten davon waren noch zu Pomponius' Zeit und ſpäter in allen Händen. In den Digeſten ſind 63 Stellen aus ſeinen Schriften. Außerordentlich häufig wird er in den Fragmenten der andern Juriſten angeführt.[d] Der zweite jener Juriſten war C. Ateius Capito, aus einer erſt ſeit Sulla emporgekommenen Familie, der ſich den neuen Herrſchern vollkommen hingab, und um deren Gunſt die geringere Achtung beim Volk verſchmerzte. Dieſe Richtung hätte als eine auf innerer Ueberzeugung beruhende eben ſo tadellos ſein können, als die entgegengeſetzte, eine Ehrloſigkeit aber war es, daß er, um dem Herrſcher zu ſchmeicheln, ſich mit dem Schein freimüthiger Selbſtändigkeit dem Tiberius widerſetzte, als dieſer den Proceß gegen einen der Beleidigung des Princeps Angeklagten niederſchlagen wollte.[e] In ſeiner Wiſſenſchaft folgte er dem Oſilius. Er ſtarb unter Tiberius im J. 22.[f]

---

b) Tac. ann. III 75. Sueton. Octav. 54. Intereſſant iſt ſeine Schilderung in einem Brief ſeines Gegners bei Gellius (XIII 12): Nachdem er anerkannt hat, Labeonem legum atque morum populi romani iurisque civilis doctum apprime fuisse, fährt Capito fort: sed agitabat hominem libertas quaedam nimia et vecors, usque eo, ut D. Augusto iam principe et rempublicam obtinente, ratum tamen pensumque nihil haberet, nisi quod iustum sanctumque esse in romanis antiquitatibus legisset. Quum a muliere quadam tribuni plebis adversum eum aditi Gellianum ad eum misissent, ut veniret et mulieri responderet, iussit eum, qui missus erat, redire et tribunis dicere, ius eos non habere neque se neque alium quemquam vocandi, quoniam moribus maiorum tribuni plebis prensionem haberent, vocationem non haberent. Posse igitur eos venire et prendi se iubere, sed vocandi absentem ius non habere. (S. oben § 88.)

c) Gellius (XIII 10) drückt dieß nach ſeiner Faſſungskraft ſo aus: Labeo Antistius iuris quidem civilis disciplinam principali studio exercuit, et consulentibus de iure publice responsitavit, ceterarum quoque bonarum artium non expers fuit, et in grammaticam sese atque dialecticam literasque antiquiores altioresque penetraverat, latinarumque vocum origines rationesque percalluerat, eaque praecipue scientia ad enodandos plerosque iuris laqueos utebatur.

d) [Die ſonſt erhaltenen Bruchſtücke ſeiner Schriften ſiehe bei Huschke, Iurispr. 1874 p. 110—114. Ueber den Character der Schriften vgl. A. Pernice Labeo I S. 35—81.]

e) [Bruchſtücke ſeiner Schriften bei Huschke Iurispr. 1874 p. 115—123.]

f) Tac. annal. III 70.

Diese beiden Juristen bemerkt Pomponius, seien in der Behandlungsweise des Rechts von einander abgewichen, so daß zwischen ihnen ein ähnlicher Gegensatz bestanden habe, wie zwischen den Philosophenschulen: hi duo primum veluti diversas sectas fecerunt. Dadurch entstand eine größere Anzahl von Controversen, als bisher schon gewesen waren, durch ihre Nachfolger wurden sie noch vermehrt. Dazu habe Labeo die Veranlassung gegeben, dessen freiere Geistesrichtung und umfassende, über die Grenzen der Jurisprudenz hinausreichende Kenntniß ihn auf viele neue Ansichten geführt habe, mit denen er sich den bisherigen Autoritäten gegenüberstellte, während Capito an der hergebrachten, von den Vorgängern überkommenen Lehre hartnäckig festhielt.[g]) Man hat über diesen wissenschaftlichen Gegensatz zwischen Labeo und Capito unendlich viel gesagt, und fast eben so viel gefabelt. Zu der Zeit, als man von dem Einfluß der stoischen Philosophie auf die römische Jurisprudenz viel zu sagen wußte (§ 102), benutzte man jene Nachricht dazu, Labeo als den zu bezeichnen, welcher der Stoa diesen Einfluß hauptsächlich vindicirt und gesichert habe. Meistens aber war man geneigt, wissenschaftliche Parteien der Gegenwart auf jenen Zwiespalt zurückzuführen. So war im vorigen Jahrhundert einmal der Vorzug des strengen Rechts oder der Billigkeit der Gegenstand eifriger Verhandlung; gleich mußten auch die Controversen zwischen Labeo und Capito diesen Punkt betreffen, der eine ein Anhänger der Billigkeit, der andere des strengen Rechts sein. In unsern Tagen hat sich dieß in Beziehung auf den Gegensatz der historischen und unhistorischen Schule wiederholt. Dabei pflegte dann nur ein Uebelstand einzutreten, der wohl geeignet gewesen wäre, auf den Ungrund dieser Einbildungen aufmerksam zu machen, nämlich daß bei solcher Feststellung der Parteien erst noch ein Streit darüber sich erhob, welcher von beiden ein jeder zuzurechnen sei. Denn da man übereingekommen war, Labeo für einen Ausbund von Tugend oder geistigen Vorzügen, Capito dagegen für einen mittelmäßigen Kopf oder schlechten Menschen zu halten, so wollte jede Partei Labeo als ihren Mann verehren, Capito der andern zuschieben, und jeder derselben mußte, je nach der Neigung der Sprecher, auf die Bank bald der Strengen bald der Billigen, der Historischen oder der Unhistorischen sich niederlassen. Um die Verwirrung zu vollenden, wurde auch wohl die Verschiedenheit ihrer politischen Ansichten mit jener wissenschaftlichen amalgamirt. Das Wahre ist, wenn wir uns genau an unsere Quelle, den Bericht des Pomponius, anschließen, folgendes.

Aeußerlich ist es der Gegensatz zwischen dem Vertrauen auf überlieferte, durch bewährte Autoritäten unterstützte Sätze und Meinungen, und dem der eigenen Kraft bewußten, auf die Nothwendigkeit des Fortschreitens sich berufenden Neuerungstrieb, welcher jene Juristen trennte. Mit dieser äußeren Bestimmung des Gegensatzes entscheiden wir uns noch nicht weder für Capito noch für Labeo, wenn wir nicht zu denen gehören, welche die „Bewegung" an sich, auch die gedankenlos zappelnde oder aus Schwäche und Haltungslosigkeit entstehende für einen Vorzug halten. Der Widerstand des Capito konnte unter Umständen löblich sein, die Neuerungen Labeo's konnten Mißbilligung verdienen, wenn durch die Abweichung von der bisherigen Lehre, durch die Hinwegsetzung über ehrwürdige Autoritäten die Sicherheit und Unbestrittenheit des

---

g) — nam Ateius Capito in his, quae ei tradita fuerant, perseverabat, Labeo ingenii qualitate et fiducia doctrinae, qui et ceteris operis sapientiae operam dederat, plurima innovare instituit.

Rechts dem bloßen Gelüsten nach Veränderung und nach Aufsehen geopfert werden sollte. Aber daß die Neuerungen Labeo's einen andern Gehalt hatten, daß sie sich in einer wirklichen Fortbildung der Jurisprudenz zu größerer Vollkommenheit concentrirten, das ergiebt sich schon aus dem Erfolg, den seine Ansichten auf eine Zeit hinaus hatten, in der wir diese Wirkung nicht mehr mit äußeren Vorzügen des Mannes, mit blendenden persönlichen Eigenschaften, die auch wohl verkehrten Bestrebungen eine ephemere Macht geben, in Verbindung bringen können. Daß er sich keinem grund- und endlosen Streben nach Neuem hingab, mit dem am wenigsten die Jurisprudenz bestehen kann, zeigt die Thatsache, daß die römischen Juristen, und auch seine unmittelbarsten und vollständigsten Anhänger unter ihnen, nie aufgehört haben, den Autoritäten das Gewicht, das ihnen zukommt, beizulegen, und die große Tugend der Enthaltsamkeit von eitler Erfindungssucht zu üben. Der Kern der Thätigkeit Labeo's liegt nun nicht in einem speciellen philosophischen Princip, das er für die Rechtswissenschaft in Bewegung gesetzt hätte, sondern darin, daß er die Jurisprudenz dem Einfluß der übrigen Wissenschaften öffnete, und ihr, die in sich selbst abgeschlossen leicht austrocknet und verknöchert, durch die rechte Anwendung seiner vielseitigeren, historischen und philosophischen Bildung ein neues Leben einflößte. Der Besitz solcher allgemeinerer Kenntnisse macht es nicht aus, auch Capito entbehrte ihrer nicht, zu allen Zeiten giebt es gelehrte und gebildete Juristen, die ihre juristische Thätigkeit und ihr sonstiges Wissen als zwei abgesonderte Gebiete, zwischen denen kein Verkehr stattfindet, in sich tragen; was Labeo auszeichnete, und wodurch er der Jurisprudenz eine neue Wendung gab, war dieß, daß er sie mit jenem allgemeineren Wissen befruchtete, daß er dieses auf seine juristischen Anschauungen einen bestimmenden Einfluß gewinnen ließ.

Es ist klar, daß diese Richtung Labeo auf viele neue Ansichten über einzelne Punkte des Rechts führen mußte, die zu Controversen zwischen ihm und Capito wurden, da dieser die bisher geltenden, und namentlich die von seinem Lehrer gebilligten Meinungen festhielt. Diese Controversen pflanzten sich auf ihre Anhänger und Nachfolger fort, und veranlaßten unter diesen die Unterscheidung zweier Schulen, unter denen sie sich noch vermehrten. Diese Parteien heißen bei den Römern scholae, sie pflegen die Juristen ihrer Schule nostri praeceptores, die der entgegengesetzten diversae scholae auctores zu nennen. Der Name sectae kommt nur als eine uneigentliche, der Vergleichung mit den Philosophenschulen wegen gebrauchte Bezeichnung vor.[h]) Die eine derselben, welche sich auf Labeo zurückführte, heißt die schola Proculianorum

h) Der Name „Sectirer," den manche Neuere für die Anhänger der Schulen zu gebrauchen lieben, ist ganz geeignet, eine falsche Vorstellung von der Sache zu geben, unter andern die, daß neben diesen „Sectirern" die Mehrzahl der Juristen einen ganz andern Weg, den einer reinen, orthodoxen Jurisprudenz befolgt hätte, woran natürlich nicht zu denken ist. Allenfalls hätte Capito den Labeo einen Sectirer schelten können, er dachte aber so wenig daran, als seine Nachfolger. [Durch Bremers Nachweis einer höheren Dignität des Lehramts als der Verf. annimmt (vgl. unten § 103 Note t) gewinnt auch der Gegensatz der Schulen eine andere Gestalt. Sie sind nicht als wissenschaftliche Parteien, sondern, wie schon Schrader (Heidelb. Jahrb. 1823 S. 979) und Hugo R. G. S. 832 f. 835 annahmen, als stationes ius publice docentium aut respondentium zu denken d. h. als Lehranstalten, in denen zugleich öffentlich (d. h. für Jedermann obwohl nicht gerade ex principis auctoritate) respondirt wurde, vgl. Bremer die Rechtslehrer und Rechtsschulen im röm. Kaiserreich S. 11. 68 f. Die von Gaius Cassius Longinus begründete heißt daher bei Plinius ep. 7, 24 (domus . . . C. Cassi, huius qui Cassianae scholae princeps et parens fuit . . .) die Cassianische Schule; auch die 'successio auctorum' bei Pomponius L. 2 § 13 D. de or. iur. (1, 2) ist von dem successiven Auftreten späterer Rechtslehrer in diesen Schulen zu erklären. R.]

(oder Proculeianorum), die andere, welche Capito als ihr Haupt betrachtete, schola Sabinianorum oder cassiana.*)

Der Fortbestand dieser Schulen beruht keineswegs auf einer steten Erneuerung jener Grundverschiedenheit in der Behandlung des Rechts zwischen Labeo und Capito, so daß was von dem wissenschaftlichen Charakter des einen und des andern gesagt worden ist, auch den Gegensatz zwischen allen Proculianern und Sabinianern bezeichnete; der neue Impuls vielmehr, den die Wissenschaft durch Labeo erhalten hatte, verfehlte nicht, seine allgemeine Wirkung für die Behandlung des Rechts und die innere Begründung der Rechtssätze auf alle späteren Juristen, auch auf die unmittelbaren und mittelbaren Nachfolger des Capito zu erstrecken. Auf der andern Seite war, nachdem einmal durch Labeo die Fesseln der früheren Rechtskundigen und ihrer unnahbaren Autorität durchbrochen waren, keine Veranlassung mehr, diesen Kampf in jedem Menschenalter von neuem zu erheben. Was diese Schulen zusammenhielt, war vielmehr wiederum eine Art von Pietät gegen die Lehrer, im Zweifel die Ansicht derselben zu vertheidigen, und das Bedürfniß, das der Anfänger empfand, sich an eine etablirte Autorität anzuschließen.[i]) Nicht die Schulen machten die Controversen, sondern die Controversen machten die Schulen. Die Controversen zwischen Labeo und Capito haben jene Schulen hervorgebracht, zwischen jenen Juristen waren sie in dieser Anzahl und Bedeutung durch ihren verschiedenen wissenschaftlichen Charakter entstanden, unter ihren Nachfolgern erhielten sie sich als Controversen der Schulen weniger wegen dieser ihrer inneren Quelle, als weil sie zur Beilegung noch nicht reif waren, und für jede der verschiedenen Ansichten Autoritäten wünschenswerth schienen. Sie vermehrten sich, indem für eine neue Ansicht eines Juristen seine Anhänger sich entschieden, und sie dadurch zur gemeinsamen Meinung dieser Schule machten. In Beziehung auf die Praxis war dieß denn auch offenbar vortheilhafter, als wenn jeder Jurist, sich in sich zurückziehend, nach dem ersten Anstoß durch Labeo, überall seine eigenen Wege gegangen wäre, um den die Rechtsanwendung verwirrenden Zustand von quot capita tot sensus herbeizuführen. Durch diese Schulen wurde der endliche Sieg der Wahrheit nicht gehindert, wohl aber der verderbliche Trieb zurückgehalten, durch eine sich vereinzelnde Thätigkeit mit dem, was die Aufgabe eines Zeitalters war, allein fertig zu werden. Neben den gemeinsamen Ansichten der Schulen bestanden übrigens natürlich gar viele, welche diesen Charakter sich zu erwerben nicht vermochten, und die ihre Anhänger und Widersacher in beiden Schulen fanden. So führt Gaius (III 140) einen Fall an, wo Cassius eine Meinung des Labeo billigte, während Proculus der des Ofilius, des Lehrers von Capito, folgte. Aehnliches geschah auch mit manchen Ansichten der folgenden Häupter oder Anhänger der Schulen.

Nicht wenige Controversen sind als solche, die zwischen beiden Schulen bestanden, ausdrücklich bezeichnet, von einigen ist diese Eigenschaft, auch ohne ein solches ausdrückliches Zeugniß, wahrscheinlich zu machen, aber man muß sich hüten, solche hereinzuziehen, die eben nur als Streitfragen erwähnt wurden, ohne daß ein nur einigermaßen hinlänglicher Grund vorliegt, sie aus der Reihe

*) [Ueber den Gegensatz zwischen Labeo und Capito und den Beginn des Schulstreites vgl. jetzt A. Pernice Labeo I S. 81 ff.]

i) Dieses Festhalten an den Ansichten der Lehrer darf man nicht mit unserer literärischen Thätigkeit, man muß es mit dem Verhalten unserer Gerichtshöfe vergleichen, die ebenfalls im Zweifel und selbst wenn eine Meinung angefangen hat, bedenklich zu werden, noch diese bisher angenommene aufzugeben zögern.

der freien und von Einzelnen verfochtenen in jene zu setzen.[k]) Schwieriger, ja mit einer gewissen Vollständigkeit unmöglich ist die Aussonderung derer, welche schon von Labeo herrühren mögen. In einigen Fällen ist sein Name bei solchen Controversen ausdrücklich genannt,[l]) bei andern liegt in ihrer inneren Beschaffenheit ein Grund für ihre Zurückführung bis auf ihn. Ein Zweifel entsteht hinwieder, wenn in solchen Fällen für die Meinung der Schule bestimmte Häupter angeführt werden, und, ohne Labeo zu nennen, mit Nerva oder Proculus begonnen wird, weil dieß möglicherweise seinen Grund darin haben kann, daß von diesen zuerst die Ansicht aufgestellt worden ist.[m]) Ein Beispiel giebt die Controverse über die Eigenschaft gewisser Sachen als res mancipi. Zu diesen gehörten unbestritten die in Italien einheimischen Zug- und Lastthiere. Man hatte nun früher ohne Unterschied jedes Thier dieser Gattung als res mancipi behandelt, dabei blieben die Sabinianer stehen, die Proculianer forderten, daß das Thier wirklich schon zum Ziehen oder Tragen gebraucht worden sei, oder wenigstens das dazu geschickte Alter erreicht habe. Dieser Ansicht liegt die Richtung zu Grunde, die Wirksamkeit der natürlichen Erwerbsarten zu erweitern, Füllen und Kälber sollten durch bloße Tradition veräußert, und in das quiritische Eigenthum gebracht werden können. Es war dieß eine auffallende Neuerung, die auf eine so bedeutende Autorität, wie Labeo sie besaß, und auf einen Urheber, der überhaupt viele Neuerungen machte, hindeutet, auch paßt sie für eine Zeit, wo der Unterschied des quiritischen von dem natürlichen Eigenthum auch für jene Sachen noch von erheblicher Bedeutung, und wo namentlich das Recht des Census, bei dem das quiritische Eigenthum anzugeben war, noch als praktisch erscheinen und behauptet werden konnte. Gaius aber (II 15) führt: Nerva, Proculus et ceteri diversae scholae auctores für jene Ansicht an, wenn, was kaum bezweifelt werden kann, der erste Name richtig gelesen ist.

XCIX. Unter Labeo's Anhängern zeichnete sich aus M. Cocceius Nerva, vertrauter Freund des Tiberius, Consul 22 (775). Im J. 33 faßte er, an dem Heil des Staats und seinem eigenen verzweifelnd, den Entschluß, sich das Leben zu nehmen, den er ungeachtet der inständigsten Vorstellungen Tiber's ausführte.[a]) Er ist eines der vornehmsten Häupter der proculianischen Schule, wird als solches und auch sonst oft angeführt, doch wird keine Schrift von ihm namentlich erwähnt. Ihm stand gegenüber Massurius Sabinus, der Nachfolger Capito's, noch unter Nero wirksam.[b]) Er ist das eigentliche Haupt der Schule, die von ihm den Namen Sabinianer hat. Dieß erklärt sich so. Capito wird von den Späteren überhaupt sehr selten, nie aber bei den

---

k) Um die Sichtung der Controversen zwischen den Schulen von den übrigen, die man früher willkürlich dazu zu schlagen pflegte, hat sich verdient gemacht Dirksen über die Schulen der römischen Juristen, Beiträge zur Kunde des R. R. (1825), 1 Abhandl. [Vgl. Kuntze Institutionen II 1880 S. 318 f. Voigt Ius naturale III § 143.]

l) Gai. II 231 L. 14 § 1 D. de in diem add. (18, 2) L. 12 § 3 D. de instr. leg. (33, 7) L. 15 § 32 D. de damn. inf. (39, 2) L. 3 § 5 D. de adqu. poss. (41, 2) L. 95 § 7 D. de solut. (46, 3).

m) Dabei ist jedoch auch zu bedenken, daß, namentlich wo diese Anführung von Anhängern der entgegengesetzten Schule, z. B. Gaius, geschieht, bloß die Bequemlichkeit des Anführenden Ursache sein kann.

a) Tac. annal. VI 26. Dio Cass. LVIII 21. Der letztere bringt dieses Ereigniß in Verbindung mit den Maßregeln, die damals gegen die überhand nehmende Geldnoth und Verschuldung ergriffen wurden (Tac. annal. VI 16. 17), ohne daß der Zusammenhang sich klar herausstellt. *b*) Gai. II 218.

Controversen zwischen den Schulen angeführt. Er hatte weniger eigenthümliche Meinungen aufgestellt, als die älteren gegen Labeo festgehalten, es war mehr ein passiver Widerstand, den er Labeo leistete. Anders Sabinus; dieser blieb keineswegs rein bei dem Ueberlieferten stehen, er eignete sich nicht die einzelnen Ansichten Labeo's an, aber er folgte dem allgemeinen Anstoß, den dieser gegeben, und wodurch die Aufstellung neuer Meinungen aufgehört hatte, etwas auffallendes zu sein. So bildete sich vornehmlich durch ihn ein Kreis von Ansichten, die, von denen Labeo's und seiner Nachfolger abweichend, doch auch zum Theil wenigstens nicht die Autorität der Alten für sich hatten. Das persönliche Ansehen Labeo's und Nerva's hatte bewirkt, daß ihre Ansichten schon in einem gewissen Grad herrschend geworden waren, daher kam es, daß die Anhänger der sabinischen Ansichten zuerst einen besonderen Namen erhielten. Sabinus giebt das Beispiel eines Juristen, der sich lediglich durch die Macht der Wissenschaft ohne andere Hülfe zu einem großen öffentlichen Ansehen emporgeschwungen hat. Denn er war ohne Vermögen, so daß er von seinen Anhängern unterstützt ward, und wurde erst in weit vorgerücktem Alter in den Ritterstand aufgenommen, über den er nicht hinauskam. Dessen ungeachtet erhielt er schon unter Tiberius das Jus respondendi, welches, wie sich unten ergeben wird, eine nicht geringe Auszeichnung war. Unter seinen Werken wird besonders hervorgehoben ein Handbuch: libri tres iuris civilis, welches so berühmt war, daß es bis in die spätesten Zeiten der classischen Jurisprudenz als Leitfaden für ausführliche Commentarien diente.[c] Es ist nicht unwahrscheinlich, daß die Ordnung desselben im Ganzen den libri XVIII iuris civilis von Scävola nachgebildet war.

Auf Nerva folgte Proculus.[d] Die Entstehung des Namens Sabinianer für die eine veranlaßte die Benennung Proculianer für die andere Schule. Schon dieß zeigt, daß er für einen Juristen von großer Bedeutung galt, er wird oft angeführt, und ist der erste, von dem nach Labeo Stellen (37) in den Dig. vorkommen. Ihm gegenüber stand der Sabinianer C. Cassius Longinus, von dem die Schule den zweiten Namen der Cassianer hat. Er war ein Mann auch von politischer Bedeutung, sein Name kommt in den Geschichten jener Zeit häufig vor. Unter Nero wurde er durch seine altrömische, strenge Denkungsart dem Senat sowohl als dem Princeps furchtbar oder unbequem, der letztere entledigte sich endlich des schon Erblindeten durch

---

c) Libri ad Sabinum von Pomponius (wenigstens 36 libri), von Ulpianus (wenigstens 51), von Paulus (wenigstens 47). [Das System giebt Leist Gesch. der röm. Rechtssyst. 1850 S. 44 und Tafel I, abweichend von Jacob Gothofred (fontes quatuor bei Otto Thes. III p. 249) so an: Testament, Legat, Tradition, Ehe und Dos, Tutel, Furtum, Condictionen, Vindicationen, oder in modernen Ausdrücken: Erbrecht, Familienrecht, Obligationen, Sachenrecht, das Umgekehrte unserer Pandektensysteme. Soviel ist wenigstens ersichtlich, daß das Civilrechtssystem nur die Entstehungsgründe der Rechtsverhältnisse (de rebus et earum adquisitione) umfaßte, unter denen das Erbrecht als die älteste und wichtigste Erwerbsart voransteht. Rudorff (Schriften d. r. Feldmesser II S. 382.) Die actiones und missiones waren ganz ins Edict übergegangen. Allein in diesen beiden Abschnitten zeigt sich zwischen dem Edict und dem ius civile ein vollkommener Parallelismus, der bis auf Q. Mucius zurückgeführt werden kann. (Rudorff Zeitschrift für Rechtsgeschichte III S. 72 f.) Den Gebrauch der Ueberschriften nach dem Muster der Edictstitel scheint die 'Masuri rubrica' bei Persius 5, 90 zu ergeben. Dagegen ist zu viel geschlossen, wenn Huschke (Iurispr. 1879 p. 153 not. ?) aus den 'deleramenta Masuriana' bei Fronto (ep. ad M. Caes. 2, 1) eine Vernachlässigung der logischen Divisionen folgern will. Die Bruchstücke aus den libri iuris civilis und sonstigen Schriften des Sabinus sind gesammelt bei Huschke l. c. p. 123—128. R.]

d) Sempronius Proculus nach L. 47 D. de leg. II (31) [und dem Testament des Dasumius: Zeitschrift für gesch. Rechtswiss. XII S. 336—339. R.]

Verbannung, unter dem Vorwand, daß er aus seinen Ahnenbildern den Cassius, Mörder Cäsar's, nicht entfernt habe.[e]) Unter Vespasian zurückgerufen, starb er. Daß er unter Nero, als der Senat, über einen glücklichen Feldzug außer sich, unter andern die Tage des Siegs, der Siegesnachricht, und der Verhandlung im Senat darüber zu Festtagen erheben wollte, sich diesem lächerlichen Beginnen widersetzte, mit der Bemerkung, um genügend den Göttern für diesen Glücksfall zu danken, reichten alle Tage des Jahrs nicht hin, einstweilen möchte es indessen gerathen sein, einige für die weltlichen Geschäfte übrig zu lassen,[f]) — diese den Spott schlecht verhehlende Rede hat ihm bei einem neueren Juristen das Lob der Religiosität zuwege gebracht. Er schrieb unter andern libri iuris civilis, die von den Späteren vielfach benutzt wurden. Zugleich mit diesen beiden Juristen lebten noch andere, denen sie an Ansehen vorgingen, so ein anderer Longinus, ferner der jüngere Nerva (Nerva filius, der Sohn des oben erwähnten), der schon im Alter von siebzehn Jahren das Geschäft des Respondirens betrieben haben soll,[g]) und der unter Nero eine ansehnliche politische Stellung einnahm, sodann Urseius Feroz, Atilicinus u. A.

Nachfolger des Gaius Cassius war Cälius Sabinus, der unter Vespasian eines bedeutenden Einflusses genoß, Consul 69. Ihm gegenüber stand, als Nachfolger des Proculus, Pegasus, Präfectus urbi unter Vespasian und auch Consul; daß die Schule von ihm einen zweiten Namen: der Pegasianer erhalten habe, ist eine bloße Erdichtung der Neueren. Um dieselbe Zeit lebte wahrscheinlich auch Plautius, der ein Handbuch, über das spätere Juristen geschrieben haben (libri ex Plautio, ad Plautium), verfaßt zu haben scheint.

Auf Cälius Sabinus folgte in der Schule der Sabinianer Javolenus Priscus, aus dessen Schriften 206 Stellen in die Dig. aufgenommen sind. Daß seine Zerstreutheit die Vorlesung eines Freundes, der sich als Landsmann des Propertius zum Poeten berufen glaubte, durch ein unzeitiges juristisches Wort störte, giebt Plinius, der diesen Vorfall erzählt, zu der Bemerkung Anlaß: est omnino Priscus dubiae sanitatis, interest tamen officiis, adhibetur consiliis, atque etiam ius civile respondet; quo magis quod tunc fecit, et ridiculum et notabile fuit.[h]) Das erzählte Factum selbst enthält keineswegs einen Beweis von eigentlicher Geisteskrankheit, sondern höchstens von einer habituellen Zerstreutheit, die Plinius wohl auf jene Art, und, wie er ebenfalls thut, als deliratio bezeichnen konnte, und neben der, auch bei einem hohen Grad derselben, noch immer die erwähnte Geschäftsthätigkeit als Staatsmann und Jurist denkbar war, während seine Zuziehung zu den Staatsgeschäften bei Wahnsinn oder Verrücktheit kaum anzunehmen wäre. Die Häupter der proculianischen Schule waren nach Pegasus Juventius Celsus (der Vater), und dessen berühmterer Sohn P. Juventius Celsus. Dieser war in den öffentlichen Angelegenheiten vielfach thätig, in die Verschwörung gegen Domitian zu Gunsten Nerva's verwickelt, unter Nerva und den folgenden Principes Prätor und zweimal Consul, noch unter Hadrian wirksam.[i]) Aus seinen libri XXXIX digestorum stehen 142 Stellen in den Dig., außerdem wird er aber

e) Tac. ann. XVI 7. 9. Sueton. Nero 37.
f) Tac. annal. XIII 41.
g) L. 1 § 3 D. de postul. (3, 1).
h) Plin. epist. VI 15.
i) Spartian. Hadr. 18.

auch in andern Stellen häufig, und mit Anführung ſeiner Worte citirt. Er gehört zu den ausgezeichnetſten juriſtiſchen Schriftſtellern, wenige kommen ihm an Präciſion und Gewicht der Gedanken gleich. Daß er einigemal eine verkehrte Anſicht ohne Umſtände als verkehrt bezeichnet,[k]) haben ihm nicht ſeine eigenen Landsleute,[l]) aber einige Neuere übel genommen. Doch wäre dieß wohl nicht geſchehen, wenn nicht ein Reſponſum von ihm vorkäme, worin dem Anfragenden (einem gewiſſen Domitius Labeo) geantwortet wird: aut non intelligo, quid sit, de quo me consulueris, aut valide stulta est consultatio tua, plus enim quam ridiculum est dubitare, an aliquis iure testis adhibitus sit, quoniam idem et tabulas testamenti scripserit.[m]) Es iſt dadurch die ſprichwörtliche Redensart entſtanden, eine einfältige Frage quaestio domitiana, eine derbe Antwort responsio celsina zu nennen. Ohne Zweifel ließe ſich eine rückſichtsvollere Antwort denken, es braucht aber keiner beſonderen Neigung zur Derbheit, damit ein viel beſchäftigter Mann einmal eine ſchief geſtellte Frage, wie ſie iſt, zurückweiſe, ſtatt die Frage ſelbſt erſt zu rectificiren.[n]) Neben dem jüngeren Celſus war Proculianer Neratius Priscus, der in der Achtung Trajan's ſo hoch ſtand, daß die Rede ging, und durch Aeußerungen des Princeps bekräftigt wurde, dieſer habe, wenn überall jemanden, jenen, nicht Hadrian zu ſeinem Nachfolger zu beſtimmen vorgehabt.[o]) Aus ſeinen Schriften ſind 64 Stellen in die Dig. aufgenommen. Ein Zeitgenoſſe dieſer, T. Ariſto, wird beſonders von ſeinem Freunde Plinius als der edelſte Mann und als eine Fundgrube des Wiſſens gerühmt.[p])

Pomponius ſchließt ſein Verzeichniß mit den Nachfolgern des Javolenus Priscus (alſo Sabinianern): Aburnus Valens (20 Stellen in den Dig.), Tuſcianus, und Salvius Julianus. Dieſem letzteren ging zu

---

k) Vgl. L. 68 § 2 D. de furt. (47, 2). L. 59 § 1 D. de hered. inst. (28, 5).

l) Im Gegentheil ſagt Ulpian bei einer ſolchen Gelegenheit: istam sententiam Celsus eleganter deridet L. 9 § 1 D. de negot. gest. (3, 5). So führt auch Paulus die Worte: in quo genere (quaestionis de aequo et bono) plerumque sub auctoritate iuris scientiae perniciose erratur an, ohne irgend anzudeuten, daß er glaube, der „junge Celſus" habe ſich hier zu viel herausgenommen.

m) L. 27 D. qui testam. (28, 1).

n) Die Frage war: Quaero, an testium numero habendus sit is, qui, cum rogatus est ad testamentum scribendum, idem quoque, cum tabulas scripsisset, signaverit. Alſo: es iſt jemand aufgefordert worden, das Teſtament zu ſchreiben, er hat es auch wirklich geſchrieben, und kommt nun überdieß auch unter den Zeugen vor, die das Teſtament geſiegelt haben: kann dieſer als Zeuge betrachtet werden? Dieſe Frage kann nicht anders, als thöricht genannt werden, denn das Bedenken, welches darin ausgedrückt wird, iſt lediglich die vermeintliche Unverträglichkeit des Schreibens und Zeugens. Ob dem Anfragenden nicht vielleicht noch ein anderes, vernünftigeres vorgeſchwebt habe? Dieß läßt Celſus mit den Worten: aut non intelligo etc. dahingeſtellt. Nahe lag dieſe Möglichkeit nicht, wenn man bedenkt, daß das Niederſchreiben zum Act der Teſtamentserrichtung ſelbſt nicht gehört, dieſer vielmehr erſt nachher beginnt, ſo daß alſo das Amt des Schreibers und das des Zeugen durchaus kein gleichzeitiges iſt. (Kämmerer Vertheidigung des Domitius Labeo ꝛc. in ſ. Beitr. zur Geſch. und Theorie des R. R. 1817. Abhandl. 3, durch den „Eigendünkel" des Celſus empfindlich verletzt, ſchlägt vor, man ſolle responsiones celsinae künftig lieber „dumme Antworten" nennen; er behauptet nämlich, die Frage ſei die geweſen: „es ſei jemand ausdrücklich zum Schreiben des Teſtaments gebeten worden, nicht aber, um Zeuge zu ſein." Das wäre nun allenfalls eine jener Möglichkeiten; die wirkliche Frage aber lautet nicht ſo; und ſie würde auch ſo der Bezeichnung als stulta interrogatio nicht entrinnen, da ſie eben gerade den weſentlichen Punkt mit Stillſchweigen überginge.)

o) Spartian. Hadr. 4.

p) Plin. epist. I 22. VIII 14. [Bruchſtücke aus den Schriften des Caelius Sabinus und Ariſto bei Huschke Iurispr. 1879 p. 140. 141. Vgl. Mommſen Zeitſchr. für R. G. VII S. 474.]

Hadrian's Zeit kein Anderer an Ansehen vor, und auch bei den Späteren, sowohl Juristen als Gesetzgebern, erscheint er als ein Mann von mehr als gewöhnlicher Autorität, was er zwar gewiß auch seinen Schriften, noch mehr aber vielleicht seiner Theilnahme an der Verwaltung und Gesetzgebung, überhaupt der politischen Stellung zu verdanken hat, die er unter Hadrian und dessen Nachfolgern einnahm. Er hatte einen großen Antheil an der Einrichtung des prätorischen Edicts, die Hadrian vornehmen ließ, und von der unten noch die Rede sein wird (§ 114). Er war selbst Prätor, zweimal Consul, Präfectus urbi. Seine vornehmste Schrift waren libri XC digestorum, in den Dig. stehen von ihm 457 Stellen, größtentheils aus diesem Werk genommen.[p*]) Außerdem wird Julian außerordentlich häufig von anderen Juristen angeführt, noch um etwas häufiger sogar als Labeo, der öfter als irgend einer der übrigen citirt wird.

Ein jüngerer Zeitgenosse Julian's war Sextus Pomponius, der Verfasser des bisher benutzten Enchiridions, von welchem mehr Stellen als von einem der bisherigen in den Dig. stehen (585). Er war Cassianer,[q]) auch in seiner Aufzählung der früheren Juristen blickt dieß durch, und darauf bezieht es sich wohl, daß er C. Cassius Gaius noster nennt.[r]) Man hat ohne Noth einen doppelten Pomponius angenommen. Der Hauptgrund dafür ist, daß in dem Context der L. 41 D. de her. inst. (28, 5), welche mit dem Namen des Pomponius überschrieben ist, am Ende die Worte stehen: ut refert Sextus Pomponius. Aber diese Wiederholung des Namens kommt in der Compilation öfter vor, sie zeigt nur, daß die Compilatoren die Stelle nicht unmittelbar aus der Schrift des Juristen selbst, sondern aus einer andern, worin sie citirt war, genommen haben.[s]) Es ist somit nicht Pomponius, der den Pomponius, also einen zweiten, hier citirte.[t]) Gleichzeitig mit ihm ist Sextus Cäcilius

---

p*) [Vgl. Mommsen über Julians Digesten Zeitschr. für R. G. IX (1869) S. 82 ff., der jedoch von einem nicht haltbaren Digestenbegriff (gesammelte Werke eines oder eines Kreises von Juristen) ausgeht (vgl. Zeitschr. für R. G. VII 1868 S. 480 f.) und auch darin irrt, daß er die ersten 58 Bücher nach der Ordnung des Edicts als den Abschluß des Ganzen behandelt, welches Julian selbst noch unter Hadrian herausgegeben habe, während sich für Buch 58—90 oder 94 eine feste Folge nicht erkennen lasse. Die Digesten der römischen Juristen sind vielmehr im Gegensatz der exegetischen Schriften dogmatische casuistische Werke nach der Ordnung der drei Rechtsquellen: Gewohnheitsrecht (ius civile), Gerichtsgebrauch (edictum) und Gesetzgebung (leges); während die pandecta z. B. von Modestinus der wissenschaftlichen Gliederung des Gaiischen Systems personae, res, actiones folgen. Von Julians Digesten insbesondere fällt schon das 48. Buch unter Pius (L. 2 § 2 D. sol. matr. 24, 3) und der Schluß Buch 58—90 enthält die nach Cäsars Reformen noch praktischen leges, selbst die Aquilia, welche sonst in dem älteren Edictstheil abgehandelt zu werden pflegte. R. — Vgl. H. Pernice Miscellanea 1870 S. 1 f.]

q) Gai. II 218.

r) L. 39 D. de stip. serv. (45, 3). Eben so ist auch das Citat in einer Stelle Julians, L. 69 D. sol. matr. (24, 3): Sabinus dicebat — — Gaius idem, auf Cassius zu beziehen nicht auf den Juristen, der in der späteren Zeit unter dem Namen Gaius verstanden wird. In L. 78 D. de solut. (46, 3), aus Javolenus libro XI ex Cassio, hat dieß ohnehin keinen Zweifel. [Vgl. G. M. Asher in der Zeitschr. für R. G. V (1865) S. 88. 89.]

s) In L. 26 D. de usur. (22, 1) Ueberschrift: Iulianus lib. VI ex Minicio, Text: Venationem fructus fundi negavit esse, nisi fructus fundi ex venatione constet, ist die Wiederholung vermieden; sonst hat es damit ganz dieselbe Bewandtniß.

t) Ein anderer Grund ist L. 32 D. de leg. I (30), wo Ulpian sagen soll: tam Sextus quam Pomponius putant, aber dieser Ausdruck wäre gerade dann höchst unpassend, wenn der Name Pomponius den beiden von ihm citirten Juristen zukäme. Der schwächste Grund ist, daß Julian öfters den Pomponius citirt, man hält es für unwahrscheinlich, daß dieß in Beziehung auf einen jüngeren, weniger vornehmen Zeitgenossen geschehen sei. Dieß bedarf keiner besonderen Entgegnung. [In l. 32 sowohl als bei Gaius 2, 218 'Iuliano et Sexto placuit' ist wohl Sextus Cäcilius gemeint, vgl. Mommsen Zeitschr. für R. G. VII (1868) S. 478.]

Africanus. Es werden Anfragen von ihm an Julianus erwähnt,[u]) auch wird er als Zeuge für das angeführt, was Julian bei einer gewissen Ansicht im Sinn gehabt habe,[v]) er selbst beruft sich einmal mit einem besonderen Nachdruck auf die Autorität Julian's;[w]) aus allem diesen geht hervor, daß er in dem Verhältniß eines Schülers oder Anhängers zu Julian gestanden hat. Er ist ohne Zweifel derselbe Jurist Sextus Cäcilius, der in einem Gespräch bei Gellius (XX 1) gegen den Philosophen Favorinus die Vorzüge des Zwölftafelgesetzes vertritt, auch bei den späteren Juristen kommt er zuweilen bloß unter diesem Namen vor.[x]) Aus seinen libri IX quaestionum, einer Sammlung von behandelten Rechtsfragen und ausgeführten Gutachten, finden sich 131 Stellen in den Dig., deren Schwierigkeit sprichwörtlich geworden ist.[y]) Als einen Anhänger Julian's (wenn der Ausdruck Iulianus noster so verstanden werden darf) giebt sich Terentius Clemens, mit 35 Stellen in den Dig. aus seinen libri XX ad. L. iuliam et papiam. In dieselbe Zeit gehören Junius Mauricianus (4 Stellen in den Dig.), Volusius Mäcianus (44 St. in den Dig.), umgekommen unter Marc Aurel,[z]) der unter seiner Anleitung die Jurisprudenz erlernt hatte,[aa]) und wahrscheinlich auch Claudius Saturninus, von dem eine einzige Stelle (L. 16 de poen. 48, 19) in den Dig. steht.

Ein Zeitgenosse der vorigen, Gaius, hat sich vorzüglich durch seine Institutionum commentarii quattuor, die in der folgenden Periode das gemeine Lehrbuch für den ersten juristischen Unterricht wurden, in lebhafterem Andenken als die Mehrzahl der übrigen classischen Juristen erhalten; für uns hat es das zufällige Interesse, daß dieses Werk vollständiger als irgend ein anderes dem Schiffbruch der alten juristischen Literatur entronnen ist. Es diente zugleich seinen übrigen Schriften zur Empfehlung, so daß dieser Jurist, von dem nicht einmal sein voller Name bekannt ist, und dessen kein späterer Jurist und kein Geschichtschreiber jener Zeiten gedenkt, mit 535 Stellen in den Dig. vorkommt. Er lebte unter Hadrian, Antoninus Pius, und Marcus, unter der Regierung des letzten hat er seine Institutionen geschrieben.[bb]) Die beiden Umstände, daß er nur jenen Vornamen trägt,[cc]) und daß er von den späteren

---

u) L. 3 § 4 D. de agnosc. lib. (25, 3) L. 39 D. de leg. I (30).

v) L. 45 pr. D. de act. emt. (19, 1).

w) L. 38 pr. D. de cond. ind. (12, 6).

x) Daß Lampridius in dem Leben Alexander's (cap. 68) Africanus in den Staatsrath dieses Princeps setzt, wie er es auch mit Pomponius, Alfenus, Celsus, Proculus u. a. macht, die er überdieß alle für Schüler Papinians hält, ist eine Ignoranz dieses Autors, der von dem Ansehen der Juristen unter jenem Princeps gehört hatte, und diesem allgemeinen Satz unter Zuziehung eines juristischen Namensverzeichnisses eine bessere Farbe geben wollte. Daß diesem Historiker nicht zuviel geschieht, wenn er einer groben Unwissenheit beschuldigt wird, beweist unter andern auch folgendes Beispiel. Er hatte irgendwo gelesen, daß Ulpian libri ad Sabinum geschrieben habe, dieses Werk hielt er für ein an Sabinus, einen vornehmen Mann, den Elagabalus umbringen ließ, gerichtetes: Lamprid. Elagab. 16. [Der Vorwurf hinsichtlich der ersteren Stelle ist unzutreffend, denn die fraglichen Worte fehlen in den maßgebenden Handschriften und sind ein ungeschickter Zusatz vielleicht erst des 15. Jahrhunderts.]

y) Africani lex i. e. difficilis.

z) Vulcat. Gall. in Avid. Cass. 7. *aa*) Capitol. Marc. 3.

bb) Pius kommt darin als Divus vor, auch Marcus wird erwähnt, kein späterer Princeps, und bei einer ausführlich abgehandelten Lehre wird einer abändernden Constitution des Marcus nicht gedacht, deren Ignorirung, wenn Gaius nach Marcus schrieb, kaum zu erklären wäre: Gai. II 178 cf. Ulpian. XXII 34.

cc) Daß Gaius sein Zuname gewesen (in einer späteren Handschrift seines Gesetzbuchs wird er Titus Gaius genannt), oder daß er den Zunamen Bassus gehabt (bei Gellius II 4, Macrobius saturn. I 9, kommt ein Gabius Bassus vor, der auch, abgesehen von der Verschiedenheit des ersten Namens, nichts mit dem unsrigen gemein hat), sind willkürliche Erfindungen.

Juristen nicht citirt wird,[dd]) während sie ihn gewiß kennen mußten, und auch benutzt zu haben scheinen,[ee]) haben zu der Vermuthung geführt, er komme noch unter einem andern Namen vor, unter dem die Juristen ihn anführten, und den in der Folgezeit der familiäre Gebrauch des bloßen Vornamens verdrängt habe. Hievon ist freilich so viel unbedenklich anzunehmen, daß er noch einen andern Namen gehabt hat, während seine Schriften bloß mit dem Vornamen bezeichnet wurden, aber daß dieß erst später geschehen sei, ist eine durch nichts wahrscheinliche Voraussetzung. Jene Beschränkung auf den Vornamen hat an sich gar nichts auffallendes und ungewöhnliches, wie das Beispiel von Servius, Appius u. a. zeigt, daß die übrigen Namen darüber in Vergessenheit kamen, erklärt sich am leichtesten, wenn Gaius ein Mann von niedriger Herkunft war, und auch selbst keine bedeutende öffentliche Stellung einnahm, die seiner Familie Ansehen gegeben hätte. Das Sichere, welches wir festzuhalten haben, ist, daß er von den Juristen nach ihm nicht citirt wird, dieß ist bei einem fruchtbaren und gebrauchten Schriftsteller unerklärlich, wenn er eine Autorität, ganz natürlich, wenn er ein bloßer Gelehrter war, von dem man etwas lernen, aber durch dessen Anführung man nicht auf die Praxis wirken konnte.[ff]) Diese Autorität wird den Schriften des Gaius in einem Gesetz der folgenden Periode (dem s. g. Citirgesetz, § 134) erst verliehen, er hatte sie also nicht, er gehörte nicht zu den iuris auctores, mit einem Wort, er war ein Jurist, der nicht das ius respondendi besaß, während er vielleicht eine Rechtsschule hielt. Damit stimmt überein, daß unter seinen Schriften mannigfacher Art keine responsa, quaestiones u. dgl. vorkommen, dagegen ein liber de casibus, worin er bemerkenswerthe Fälle, keine von ihm selbst entschiedene, und zum Theil bloß fingirte, zusammenstellte.[gg]) Seine vornehmsten Schriften sind: Commentarien zu den

---

dd) Zwei angebliche Citate von Zeitgenossen beziehen sich nicht auf ihn, s. Note r.

ee) In den s. g. Fragmenten Ulpian's findet sich manche unverkennbare Uebereinstimmung mit der Darstellung in den Institutionen des Gaius.

ff) Dieß wird sich unten bei dem Ius respondendi (§ 116. 117) noch mehr herausstellen. [Aus beiden Thatsachen, dem ausschließlichen Gebrauch des Vornamens nach griechischer Sitte und dem Mangel des ius respondendi hat Mommsen (Bekker's Jahrb. des gem. deutschen Rechts III 1) den Schluß gezogen, daß Gaius ein „Provincialjurist" gewesen sei und etwa zu Troas in Asien, dessen er in L. 7 D. de cens. (50, 12) an erster Stelle gedenkt, den Q. Mucius und das dortige Provincialedict bearbeitet habe, dessen Ursprung bekanntlich auf jenen berühmten Juristen zurückgeführt wurde (vgl. Cic. ad. Att. 6, 1. Val. M. 8, 15, 6. Gai. 1, 188). Allein der Gebrauch der Vornamen kommt auch bei römischen Juristen vor (Gai. 2, 217) und der Mangel des Jus respondendi würde sich schon aus einer rein wissenschaftlichen Stellung in Rom erklären, auf welche außerdem die örtlichen Beziehungen in seinen Schriften hinführen. Vgl. Huschke Iur. ant. p. 150, Dernburg die Institutionen des Gaius, ein Collegienheft aus dem Jahr 161 n. Chr. Geb. (1869) S. 80 f. Das edictum provinciale aber ist nicht bloß das Mucianische in Asien, sondern das allgemeine Julianische, nur für sämmtliche Provinzen und Provincialrechtsschulen bearbeitet. Der neuere Einwand Mommsen's Zeitschr. für Rechtsgeschichte IX (1869) S. 95 Note 40, daß es kein allgemeines Provincialedict gegeben habe, trifft seit dem allgemeinen, also auch für sämmtliche Provinzen gültigen Julianischen Reichsedict nicht mehr zu. Zudem beruht er auf der zwar allgemein angenommenen, aber nicht allgemein richtigen Behauptung, als ob der Titel ad edictum provinciale einen doppelten Edictstext voraussetze. In Paulus libri brevis edicti und Callistratus libri edicti monitorii bezeichnet edictum die Commentare, welche im Rechtsgebrauch an die Stelle der Texte traten. R.]

gg) Zur Bestätigung diente auch eine Stelle (L. 9 D. de relig. 11, 7), wo Gaius über eine herrschende Ansicht, die er nicht billigen kann, so vorsichtig und als ein Exoterischer sich ausdrückt, wie wohl kaum ein Jurist, der sich einer Autorität und eines ihm zuständigen Einflusses auf die Praxis bewußt war, gethan hätte. Auch das fortassis in L. 3 D. de litig. (44, 6) scheint dahin zu gehören. [Uebrigens zeigt Fronto ep. ad amicos 2, 10 (p. 201 Naber) 'virum consularem ius publicum respondentem (habeamus) — Alii quoque plurimi sunt in senatu Cirtensium clarissimi', auf den sich Huschke Iurispr. 1879 p. 152 mit Recht beruft, daß auch

Zwölf Tafeln, zu der Lex Julia und Papia, zu den prätoriſchen, ädiliſchen und Provincial-Edicten, wozu noch einige Monographien kommen, endlich die Inſtitutionen und die libri VII rerum quotidianarum s. aureorum. Von den letzteren finden ſich in den Dig. nur Stellen aus den drei erſten Büchern, nach welchen das Werk einen ähnlichen Charakter, wie die Inſtitutionen hatte, mit denen es auch von den Verfaſſern der juſtinianiſchen Inſtitutionen zuſammengeſtellt wird.[hh])

Die Inſtitutionen des Gaius ſind auch in der Rückſicht hervorzuheben, daß ſie (ſo viel wir wiſſen) das erſte Buch für den erſten Unterricht unter dieſem Titel waren. So dürfen wir auch wohl die Anlage und Anordnung deſſelben nicht als eine bloße Nachahmung früherer Syſteme, ſondern als die eigenthümliche Hervorbringung ihres Verfaſſers betrachten.[ii]) Er beginnt mit der Erklärung der beiden Beſtandtheile des römiſchen Rechts: ius civile und gentium, und der verſchiedenen Formen, in denen das Recht exiſtirt: leges, plebiscita, senatusconsulta, constitutiones principum, edicta eorum qui ius edicendi habent, responsa prudentium. Sodann leitet er ſeine weitere Darſtellung durch die Bemerkung ein, daß bei der Beurtheilung eines jeden Rechtsverhältniſſes als beſtimmende Momente zur Sprache kommen: Perſon, Gegenſtand, Schutz — omne ius, quo utimur, vel ad personas pertinet, vel ad res, vel ad actiones. Seine Abſicht nun iſt, dieſes Recht der Perſonen, der Gegenſtände, des Schutzes, als Grundlage der Jurisprudenz darzuſtellen. Den Anfang macht er mit den Perſonen, durch Entwickelung der verſchiedenen rechtlichen Stellung derſelben, durch welche ihr Eintritt in Rechtsverhältniſſe bedingt und modificirt wird. Er erörtert drei Eintheilungen der Perſonen: die in Freie und Sclaven, nebſt dem Uebergang von der Sclaverei in die Freiheit, die in personae quae sui iuris und quae alieno iuri subiectae (in potestate, manu, mancipio) sunt, ebenfalls mit Abhandlung des Uebergangs von einer Claſſe in die andere, endlich die in Perſonen, die unter Vormundſchaft ſtehen und die vormundfrei ſind. Damit ſchließt das erſte Buch, das zweite beginnt das Recht der Gegenſtände, die Lehre von den Eigenſchaften derſelben, wovon theils ihre Fähigkeit, Gegenſtände von Rechtsverhältniſſen zu ſein, abhängt — darauf

---

Provincialjuriſten publice und de iure publico wenn auch nicht ex auctoritate principis reſpondiren konnten, vgl. Bremer Rechtslehrer S. 72 Note 317. R.]

hh) [v. Buchholtz in Hugos civil. Mag. VI S. 232. 261 hat es wahrſcheinlich gemacht, daß die Inſtitutionen zur Einleitung, die libri VII dagegen für den weiteren Selbſtunterricht beſtimmt waren. Vgl. z. B. Gai. 1, 1 mit L. 1 pr. D. de adq. rer. dom. 41, 1. R.]

ii) Ueber das Syſtem des Gaius iſt jetzt vornehmlich zu vergleichen Böcking Inſtitut. I § 28. [Die „eigenthümliche Hervorbringung" dürfte ſich jedoch auf eine Combination des Civilrechts (personae, res) und des Edictsſyſtems (actiones) beſchränken, und ſelbſt dieſe Combination hatte ſchon im Jus Aelianum ein rohes Vorbild (§ 77). Vgl. Leiſt Geſch. der Rechtsſyſt. 1850 S. 70—74. Dagegen finden ſich nicht bloß die genera und divisiones tutelarum, condictionum, furtorum, actionum u. ſ. w. ſchon in ſehr alter Zeit, — denn die erſten Anfänge reichen ſogar in das Pontificalrecht und die römiſche Theologie zurück — ſondern die dramatiſche Anlage des Ganzen nach den agirenden Perſonen, den Gütern, und den Actionen, d. h. den Auftritten und Rechtshandlungen, durch welche jene Güter erworben und vertheidigt werden, iſt noch ganz eben ſo gehalten, wie es der Geſchmack der veteres für die erſte Institutio der Jugend angemeſſen finden mochte. Vgl. Hugo civiliſt. Mag. Bd. VI S. 284. Ihering Geiſt des röm. Rechts 2, 2 S. 400 (3. Aufl.), Rudorff Schriften der röm. Feldmeſſer II (1852) S. 230. 232. — Die Zeit der Abfaſſung ſcheint in das Todesjahr des Pius zu fallen, der 2, 151 noch imperator, 2, 195 aber ſchon divus heißt. Dernburg Note ff. S. 73 f. Dafür ſpricht jedoch weit mehr der Umſtand, daß die Schrift zu klein iſt, um lieferungsweiſe und nicht auf einmal erſchienen zu ſein, als der Titel imperator, deſſen Beſchränkung auf den lebenden Kaiſer keineswegs allgemein anzunehmen iſt. Mommſen Hermes 3, 106. Zeitſchr. für Rechtsgeſchichte IX S. 97. R.]

bezieht sich die Eintheilung in res divini und humani iuris, und der letzteren in publicae und privatae — theils Eigenschaften, wodurch die Art, wie sie Gegenstände von Rechtsverhältnissen sind oder werden, bestimmt wird. Diese Bedeutung hat die Eintheilung in res corporales und incorporales: jenes sind die Sachen, dieses die Rechtsverhältnisse selbst, insofern sie als Gegenstände anderer rechtlicher Verhältnisse und Beziehungen (der Erwerbung, Veräußerung, gerichtlicher Forderung) gedacht werden: iura, hereditates, obligationes. Hinsichtlich der Erwerbung und Veräußerung der res corporales und incorporales ist von großer Wichtigkeit die Eintheilung in res mancipi und nec mancipi. Mit Rücksicht auf diese werden nun zunächst die Erwerbungen einzelner Gegenstände (körperlicher und unkörperlicher) betrachtet: mancipatio, in iure cessio, traditio, usucapio u. s. f., diesen adquisitiones singularum rerum werden sodann gegenübergestellt die adquisitiones per universitatem, durch den Uebergang eines Ganzen von Gütern, unter denen die hereditates den Hauptfall bilden, der in Beziehung auf seine Gründe (testamentarische und gesetzliche Erbfolge) unter Anschließung der übrigen Fälle ausführlich erörtert wird. Nach allem diesem, dessen Darstellung sich bis in das dritte Buch hineinerstreckt, wird noch einer Art von unkörperlichen Gegenständen, die sich in den meisten rechtlichen Beziehungen von den übrigen bedeutend unterscheiden, eine besondere, bis ans Ende des dritten Buchs reichende Darstellung: den Obligationen nämlich, deren verschiedene Entstehungs- und Aufhebungsarten vorgetragen werden. Das vierte Buch endlich enthält das Recht der actiones, die processualische Seite der Rechtsverhältnisse, also die Lehre von den Klagen, den Exceptionen, den Interdicten; der Jurist, der sich keineswegs die Aufgabe gesetzt hat, den Proceß selbst vorzutragen, unterläßt doch nicht, zum Schluß noch die Mittel anzugeben, wodurch eine Klage, die uns zusteht, zur wirklichen gerichtlichen Cognition gebracht wird.[kk])

C. Gaius ist der letzte Jurist, der als Sabinianer auftritt. Die Spur von dem Fortbestehen der proculianischen Schule verliert sich schon früher, indem nach Celsus und Neratius Priscus kein Jurist mehr als Proculianer vor-

---

kk) Wenn man von hier auf die Disposition nach personae, res, actiones zurückblickt, so kann man fragen, wo in der Anordnung des Gaius die Grenze sei zwischen dem zweiten und dritten Glied. Theophilus (paraphr. III 13 pr. IV 6 pr.) setzt sie vor die Obligationen, indem er diese wie eine Einleitung zu den Klagen ansieht. Diese Ansicht hat Hugo an vielen Orten seiner Schriften mit unermüdlichem Eifer, zuletzt und mit vollständiger Aufzählung der Gründe in dem G. G. A 1840 S. 1033—39 in Schutz genommen. Nachdem meine Ansicht von dem System des Gaius vornehmlich durch Böcking (Note ii) berichtigt worden ist, scheint mir es ausgemacht, daß Gaius die Obligationen zu den res rechnete. Er führt sie nicht bloß II 14 unter den Beispielen der res incorporales an, sondern indem er von der Anwendbarkeit der mancipatio, in iure cessio u. s. f. auf res corporales und incorporales spricht, erwähnt er wiederum unter den letzten nach der hereditas auch die Obligationen II 38: obligationes quoquo modo contractae nihil eorum recipiunt —, wie er ferner II 85 die obligatio bestimmt eine res nec mancipi nennt. So folgt dann auch der besonderen Darstellung der hereditas in derselben Ordnung die der obligatio. Die selbständige Erwähnung der Obligationen neben den res corporales und incorporales in III 83 ist nur scheinbar; Gaius setzt vielmehr dort res incorporales et corporales, die alicuius sunt, und die alicui debitae sunt, einander gegenüber. [Die ganze Anlage des Systems zeigt, daß Gaius, um einen neueren Ausdruck zu gebrauchen, die Obligationen als iura ad rem auffaßt, die den nicht streitigen actiones des zweiten Theils, den Erwerbshandlungen der iura in re als Vorbereitung dienen können. Daher die Hervorhebung der condictiones auf dare oportere bei den Geschäftsobligationen (3, 90. 91) und die Zurückführung der streitigen actiones (der vindicationes und condictiones) auf Klagen in personam und in rem (4, 5), d. h. aus einem ius ad rem und in re, auf eine res und aus einer solchen. R.]

kommt. Wie haben wir uns das Aufhören dieses Gegensatzes von Schulen zu denken? Manche frühere Rechtshistoriker hatten aus einigen Nachrichten, deren wirklicher, davon ganz verschiedener Inhalt unten bei den Edicten der Magistrate vorkommen wird (§ 114), ein Gesetzbuch erfunden, welches Hadrian habe verfertigen lassen; darin, glaubte man, seien die Controversen der Schulen entschieden, und so diesen ihr Lebenselement entzogen worden. Nun ist aber nicht bloß jenes Gesetzbuch Hadrian's eine reine Fabel, sondern die Controversen der Schulen selbst bestanden auch nach Hadrian fort, wie sich am anschaulichsten aus Gaius ergiebt. Andere haben sich die Sache so vorgestellt, daß neben jenen Schulen allmählich eine dritte von Eklektikern sich gebildet und jene endlich verdrängt habe, und auch ein Name wurde für diese dritte Schule gefunden, ihre Anhänger sollten miscelliones oder herciscundi geheißen haben. Alles dieß ist eine baare Erdichtung, die nichts als die Thatsache des Verschwindens der Schulen zum Grunde hat. Nachdem man sich eingebildet hatte, dieß sei durch Entstehung von Eklektikern geschehen, gab man diesen eben so willkürlich den ersten jener Namen:[a]) der zweite beruht überdieß selbst nur auf einer falschen Emendation.[b])

Die richtige Ansicht möchte folgende sein. Gegen die Mitte des zweiten Jahrhunderts n. C. hatte in Folge der Schulen selbst der Autoritätsglaube allzusehr überhand genommen; es war eine Epoche ähnlich der unter August eingetreten; manchem Juristen mochte die Zumuthung, den Ansichten seiner Lehrer wenigstens in den Punkten, welche die Schibolethe für die Schulen waren, zu folgen, überhaupt sich für eine der beiden Schulen zu entscheiden, lästig werden, während er vielleicht die Kraft in sich fühlte, unabhängig und ohne sich an eine Art von Association anzulehnen, seinen Weg zu verfolgen. Das Bestehen der Schulen hatte seine Vortheile gehabt, es machten sich nun auch die Nachtheile fühlbar: hartnäckiges Festhalten an den hergebrachten Schulmeinungen, was allein für die Schwächeren willkommen, für die Tüchtigeren ein Bann war, den jene ohne Zweifel durch den Vorwurf der Abtrünnigkeit geltend zu machen verstanden. So drohte der Verlust jener freieren Bewegung der Wissenschaft, welche Labeo eingeführt hatte. Die Gefahr konnte durch ein Aufgeben des Schulengegensatzes abgewendet werden, und dieses hinwieder geschah sehr leicht, wenn bedeutende Männer, die der bisherigen Sitte nach zu einer gewissen Schule sich bekannt haben würden, diese Anschließung verschmähten, und dadurch, indem sie die andere Schule ohne einen gegenwärtigen Gegner ließen, auch ihr die Veranlassung der Fortdauer entzogen. Es ist merkwürdig, daß

---

a) Miscelliones, sagt Paulus Diaconus aus Festus, appellantur, qui non certae sunt sententiae, sed variorum mixtorumque iudiciorum sunt. Von Juristen ist hier ohnedieß nicht die Rede.

b) Servius (ad Virg. aen. III 68) zu den Worten: animamque sepulcro condimus führt die Meinungen Plato's und Pythagoras' über den Zustand der Seele nach dem Tod an, um zu erklären, warum er vorher gesagt habe, daß die Stoiker der Mitte folgen. Diese vorhergehende Aeußerung ist: rite ergo reddita legitima sepultura, redit anima (die bis dahin ruhelos umherschweifte) ad quietem sepulcri, quam Stoici terris condi, id est medium secuti tamdiu durare dicunt, quamdiu durat et corpus. Hier hat nun Cujacius statt terris condi gelesen herciscundi, und diesen Ausdruck auf die Juristen übertragen. Was die Emendation selbst anlangt, so beruht sie auf der falschen Voraussetzung, daß medium secuti die Erklärung von terris condi enthalte. Diese Voraussetzung hat noch andere ältere und neuere Veränderungen veranlaßt, z. B. Stoici secundum id medium secuti, ferner statt terris condi: ἡμισεύοντες. Vielmehr aber ist der Sinn der Stelle dieser: die Stoiker sagen, die Seele werde in die Erde gelegt (wie ein Samenkorn), d. h. sie stellen die Mittelmeinung auf, daß sie so lange daure, als der Körper, mit dem sie begraben sei. Dicunt ist mit zu condi zu ziehen.

diese neue Wendung von der Seite ausgegangen zu sein scheint, welche Labeo als ihren Vorkämpfer betrachtete. Jene fanden aber geringeren Widerstand als dieser, es entstand durch sie keine neue Schule; auch auf der sabinianischen Seite empfand man dasselbe Bedürfniß eines Fortschritts, selbst bei Gaius, der in seiner Stellung noch die Anlehnung an eine Schule bis an sein Ende vortheilhaft fand, und mit dem vielleicht der letzte Sabinianer starb, finden sich schon Anklänge eines unbefangenen Urtheils über jene Controversen.[c]) Auch bei dieser Reaction übrigens gegen den Autoritätsmißbrauch verhütete die practische Richtung der Römer eine verderbliche Isolirung der Einzelnen; die Späteren benutzen mit Sorgfalt die Ansichten der Vorgänger, das Bewußtsein, als zusammenwirkende Glieder einem höheren Organismus anzugehören, ist stets in ihnen lebendig geblieben.

In dem Zeitraum von wenig mehr als funfzig Jahren seit den Antoninen bis Alexander und seine unmittelbaren Nachfolger haben eine bedeutende Anzahl von Juristen gewirkt, aus deren Schriften Excerpte in den justinianischen Digesten vorkommen. Es gehören dahin: Papirius Justus (16 Stellen in den Dig.); Tarruntenus Paternus (2 St. in d. Dig.), der unter Commodus Präfectus Prätorio, wegen angeblicher Verschwörung hingerichtet ward;[d]) Ulpius Marcellus (159 St. in d. Dig.), im Staatsrath des Marc Aurel,[e]) unter Commodus Feldherr in Britannien, dem Princeps durch seine Tüchtigkeit und Tugend verhaßt;[f]) Q. Cervidius Scävola (307 St. in d. Dig.), dessen rechtlichen Raths Marc Aurel sich vorzugsweise bediente,[g]) er war der Lehrer des nachmaligen Princeps Septimius Severus (welcher Respondent, wenn auch nicht Schriftsteller war) und Papinian's.[h]) Seine Hauptschriften sind libri VI responsorum, libri XX quaestionum, und libri XL digestorum. In der Sammlung der Responsa werden die Facta mit der nöthigen Ausführlichkeit festgestellt, die Entscheidungen selbst aber gewöhnlich nur mit wenigen Worten und ohne Auseinandersetzung der Gründe gegeben,[i]) die Quästionen waren der ausführlichen Prüfung und Rechtfertigung der Entscheidung gewidmet, auch seine Digesten enthalten Responsa, zum Theil mit jener kurzen Angabe der Entscheidung,[k]) zum Theil, wie bei den Responsa, mit Andeutung der Gründe.[l]) Tertullianus (5 St. in d. Dig.), welchen Viele für identisch mit dem Kirchenvater halten, nicht ohne Grund, da Eusebius diesen als ἄνδρα τοὺς Ῥωμαίων νόμους ἠκριβωκότα bezeichnet. Claudius Tryphoninus (79 St. in d. Dig.) unter Severus und Caracalla, zu derselben Zeit Arrius Menander (6 St. in d. Dig.), Venuleius Saturninus (71 St. in d. Dig.), ebenso wohl Julius Aquila (2 St.), Rutilius Maximus

---

c) S. Gai. III 98, auch wohl 87. *d*) Lamprid. Comm. 4. *e*) L. 3 D. de his qu. in test. del. (28, 4). *f*) Dio Cass. LXXII 8. *g*) Capitol. Marc. 11. *h*) Spartian. Carac. 8.

i) S. z. B. L. 60 D. mand (17, 1). Wenn Gründe angegeben werden, so geschieht es sehr kurz und gedrängt, z. B. L. 93 pr. D. de leg. III (32).

k) So L. 62 D. mand. L. 122 D. de V. O. (45, 1).

l) Manche Responsa kommen doppelt vor, in den Responsen und in den Digesten: L. 24 pr. D. de appell. (49, 1), vgl. L. ult. D. de re iud. (42, 1); L. 93 pr. D. de leg. III (32), vgl. L. 38 § 4 cod. Conradi (de vita et scriptis Q. Cerv. Scaev., Opusc. I p. 150) hat geglaubt, das Verhältniß der Digesten zu den Responsa sei dieß, daß die ersteren das weiter ausführten, was die Responsa andeuteten, also daß sie eine Art von Commentar zu diesen bildeten, und diese Meinung hat auch Blume (Zeitschrift IV S. 325) adoptirt; die Stellen selbst enthalten nichts davon. Jenes ist vielmehr, wie oben bemerkt, das Verhältniß der Quästionen zu den Responsa. [Vgl. Mommsen Zeitschr. für R. G. VII S. 484 f.]

(1 St.). Unter jenen Imperatoren und ſpäter lebten: Calliſtratus (99 St.), Licinius Rufinus (17 St.), Aelius Marcianus (275 St.), Aemilius Macer (62 St.), Florentinus (42 Stellen aus ſeinen libri XII institutionum, worin er eine von der des Gaius abweichende Ordnung befolgte, indem das Erbrecht darin den Schluß macht, oder wenigſtens faſt am Ende ſteht), Furius Anthianus (3 St.).

Unter allen dieſen, die ſeine Zeitgenoſſen waren, ragt hervor Aemilius Papinianus, der berühmteſte aller römiſchen Juriſten, welchem die Schriftſteller und Regenten der folgenden Zeit eine Verehrung beweiſen, wie ſie in dieſem Grad keinem andern Juriſten zu Theil ward. Bemerkenswerther noch iſt es vielleicht, daß dieſe hohe Bewunderung vollkommen gerecht war. Nicht allein in ſeiner ausgezeichneten politiſchen Stellung, in einer langjährigen Thätigkeit im Staatsdienſt, die ſchon unter Marc Aurel begonnen hatte, und mit der damals höchſten Stelle nach dem Principat, dem Amt des Präfectus Prätorio ſich beſchloß, liegt der Grund dieſes Anſehens, denn dieſe Auszeichnung hatte er mit Andern gemein, auch nicht bloß in ſeiner Größe als praktiſcher Juriſt und Schriftſteller, obwohl darin nur ſehr Wenige mit ihm verglichen werden konnten, ſondern darin vornehmlich, daß er mit dieſen Eigenſchaften eine Integrität des Charakters und ſittliche Kraft verband, die ſeine geſammte Thätigkeit veredelte, und ihn ohne bedingenden Rückhalt als das Muſter eines ächten Juriſten erſcheinen ließ. Die innige Freundſchaft, in welcher er mit Severus lebte, bewog ihn, als Vermittler zwiſchen deſſen Söhnen aufzutreten, indem er den Vorzug, den er vielleicht Geta gab, fallen ließ, um beide Brüder zu vereinigen. Als Caracalla jenen ermordet hatte, und eine Verantwortung und Vertheidigung im Senat und vor dem Volk für nothwendig erachtete, forderte er Papinian dazu auf, dem um dieſen Preis die väterliche Neigung für den Sohn des Freundes verziehen ſein ſollte. Papinian wies das Geſuch ab, mit den Worten: es ſei leichter einen Brudermord zu begehen, als zu vertheidigen, oder nach einer andern Erzählung: einen unſchuldig Getödteten anzuklagen, ſei ein zweiter Mord.[m]) Caracalla ließ ihn tödten, und fügte den Hohn hinzu, den Soldaten, der ihn mit dem Beil erſchlagen, zu tadeln: er habe Unrecht gethan, den großen Rechtsgelehrten gegen alle Ordnung mit dem Beil, ſtatt, wie es die Geſetze verlangen, mit dem Schwert hinzurichten.[n]) So hatte Papinian durch ſeinen Tod bekräftigt, was er geſchrieben hatte: quae facta laedunt pietatem, existimationem, verecundiam nostram, et, ut generaliter dixerim, contra bonos mores fiunt, nec facere nos posse credendum est.[o]) Aus ſeinen Schriften (beſonders libri XIX responsorum, libri XXXVII quaestionum, libri II definitionum) finden ſich 595 Stellen in den Dig. Dieſe Ueberbleibſel gehören in Gehalt und Form zu dem Vorzüglichſten, was die juriſtiſche Literatur aller Zeiten aufzuweiſen hat, ſie bewähren, daß ſein Ruhm kein zufälliger war, und machen ihn auch als Schriftſteller zu dem erſten Muſter für jeden Juriſten. Einige ſeiner Zeitgenoſſen und Nachfolger (Martianus, Ulpianus, Paulus) ſchrieben notae zu ſeinen Schriften, Berichtigungen, deren Charakter wir aus dem davon Ueberlieferten nicht beurtheilen können,[p]) in

---

m) Spartian. Carac. 8.

n) So iſt die Aeußerung zu verſtehen, welche Spartian (Carac. 4) und Dio Caſſius (LXXVII 4) berichten. Vgl. Ulpian in L. 8 § 1. 3 D. de poen. (48, 19).

o) L. 15 D. de cond. inst. (28, 7).

p) Mehrere der überlieferten enthalten eine Widerlegung (dahin gehört auch der in L. un. pr. C. Th. de sent. passis 9, 43 erwähnte Fall), andere nur eine weitere Begründung einer

einem Gesetz von Constantin wird ihren Verfassern die Absicht, sich durch diese Splitterrichterei einen Namen zu machen, untergelegt,[q]) ein Vorwurf, dessen allgemeine Wahrheit dahingestellt bleiben muß. Uebrigens war Papinian selbst weit entfernt, sich eine Unfehlbarkeit zuzuschreiben, oder, was ein häufigerer Fehler ist, angenommene bescheidene Redensarten durch entgegengesetzte Thatsachen zu entkräften.[r])

Zwei Nachfolger Papinian's genossen in der Folge die Auszeichnung, daß ihre Schriften, deren sie eine außerordentliche Zahl und aller Art hinterließen, vorzugsweise in den Gerichten gebraucht wurden (der eine wie es scheint mehr in den östlichen, der andere mehr in den westlichen Theilen des Reichs), wie denn auch in Justinian's Digesten von beiden allein so viel steht, als von allen andern Juristen zusammengenommen. Der eine von ihnen ist Domitius Ulpianus, dessen Eltern Bürger von Tyrus in Phönicien waren.[s]) Er war ohne Zweifel schon unter Severus thätig, die meisten seiner Schriften verfaßte er unter Caracalla, namentlich auch die beiden großen Werke: libri LXXXIII ad edictum, und libri LI ad Sabinum; unter dem Weiberregiment Elagabal's erhielt er einen großen Antheil an den Staatsgeschäften, er wurde Präfectus Prätorio.[t]) Auch der Mutter Alexander's, Mammäa, wußte er seine Dienste genehm zu machen. Als sie die Zügel der Regierung für den sechzehnjährigen Princeps ergriff, verband er sich mit ihr gegen die beiden Präfecti Prätorio, Flavianus und Chrestus, tüchtige Männer, die sich dem Willen der Augusta weniger fügsam zeigten, oder auch dem Plan einer Beschränkung der militärischen Einflüsse im Wege standen; nachdem er ihnen zuerst als dritter Präfect zugesellt und vorgesetzt worden war, wurden sie endlich hingerichtet. So verschaffte er sich die Präfectur allein, die er unter dem Widerstreben der Prätorianer und steten Bedrohung seines Lebens führte. Es wird ein Kampf des Volks gegen die Prätorianer erwähnt, der vielleicht nicht ohne Anstiften der Regierung erhoben war. Nach dessen Beendigung wurde Ulpian von den Prätorianern, in Gegenwart des Princeps, zu dem er sich geflüchtet hatte, ermordet.[u]) Dies geschah in den ersten Jahren der Regierung Alexander's. Darnach mag beurtheilt werden, mit welchem Recht unsere Juristen ein so

---

papinianischen Ansicht (so von Paulus L. 1 § 2 D. de usur. 22, 1, auch etwa L. 72 pr. D. de contr. emt. 18, 1), einige sind ziemlich überflüssig (wie L. 1 § 1 D. de off. eius cui mand. 1, 21 von Paulus, und L. 31 § 2 D. de neg. gest. 3, 5 von Ulpian).

q) L. 1 C. Th. de resp. prud. (1, 4). Justinian anerkennt, daß einiges daraus zur Ergänzung und zum richtigen Verständniß Papinians dient, er scheint also doch dem Urtheil Constantins nicht überall zu widersprechen, L. 1 § 6 C. de vet. iure enucl. (1, 17).

r) Niemand kann mit edlerer Unbefangenheit eine irrige Ansicht zurücknehmen, als er in folgenden Worten der L. 6 D. de serv. export. (18, 7) thut: Si quid emtor contra, quam lege venditionis cautum est, fecisset aut non fecisset, nobis aliquando placebat, non alias ex vendito propter poenam homini irrogatam agi posse (vgl. L. 7 eod.), quam si pecuniae ratione venditoris interesset, veluti quod poenam promisisset; ceterum viro bono non convenire credere, venditoris interesse, quod animo saevientis satisfactum non fuisset. Sed in contrarium me vocat Sabini sententia, qui utiliter agi ideo arbitratus est, quoniam hoc minoris homo venisse videatur.

s) L. 1 pr. D. de censib. (50, 14).

t) Nach Lampridius (Heliogab. 16) ist er von Elagabalus wieder abgesetzt worden. Dieß und überdieß Verbannung erzählt S. Aurelius Victor (de caesar. 24) von Paulus, Ulpian dagegen sei von Alexander in der Präfectur bestätigt worden, also bis dahin Präfect geblieben. Es wäre schwer, zwischen diesen Nachrichten zweier unzuverlässiger und elender Schriftsteller eine Wahl zu treffen, wenn nicht Dio Cassius meldete (LXXIX 21), die Präfecten Elagabals seien mit diesem umgekommen.

u) Dio Cassius (epitom.) LXXX 1. 2. Zosimus hist. I 11.

großes Gewicht auf die emphatiſche Phraſe des Lampridius legen: atque ideo summus imperator fuit (Alexander), quod eius (Ulpiani) consiliis praecipue rempublicam rexit.[v]) Von der großen Zahl der Schriften, die man noch zu Juſtinian's Zeit von ihm beſaß, und die ſich durch Gefälligkeit der Darſtellung und eine gewiſſe, das Verſtändniß begünſtigende Ausführlichkeit empfahlen, wurde bei der Abfaſſung der Digeſten ein um vieles größerer Gebrauch, als von denen irgend eines andern Juriſten, gemacht; es wurden 2462 zum Theil ſehr große Stellen aufgenommen, die zuſammen ohngefähr ein Drittheil der ganzen Dig. betragen. Der zweite jener beiden Juriſten iſt Julius Paulus, gleichzeitig mit Ulpian, aber ihn überlebend, unter Alexander ebenfalls Präfectus Prätorio. Er ſaß ſchon im Rath des Septimius Severus.[w]) Aus ſeinen Schriften, deren Zahl noch größer war, als die der ulpianiſchen, ſtehen 2080 Stellen in den Dig., welche ohngefähr den ſechſten Theil dieſes Geſetzbuchs ausmachen.

Die Reihe der claſſiſchen Juriſten ſchließt ſich mit Herennius Modeſtinus, welcher neben die bisher erwähnten auch in wiſſenſchaftlicher Beziehung noch geſtellt werden kann, da er hoch über allen folgenden Bekennern der Jurisprudenz ſteht, wenngleich die Ueberbleibſel ſeiner Schriften den geiſtigen Gehalt der Vorgänger nicht mehr erreichen. Er war Schüler Ulpian's, der in ſeinem Commentar zum Edict (alſo ſchon unter Caracalla) ein Gutachten erwähnt, das er ihm gegeben habe: Herennio Modestino studioso meo de Dalmatia consulenti rescripsi.[x]) Daraus iſt die Meinung entſtanden, er ſei Statthalter von Dalmatien geweſen, oder auch, Dalmatien ſei ſein Vaterland; in einem Verhältniß zu dieſer Provinz wird er allerdings geſtanden haben, welches ihn veranlaßte, Ulpian über ſie zu conſuliren, aber dieſes braucht weder das eine noch das andere jener beiden geweſen zu ſein. Sein Name kommt auch in einer Inſchrift vor, welche die Entſcheidung eines Proceſſes enthält, der in den Jahren 227 bis 245 geführt wurde.[y]) Die erſte Entſcheidung wurde gegeben von einem Aelius Florianus, dieſe wurde beſtätigt von Herennius Modeſtinus, und in demſelben Sinn entſchied zuletzt der Präfectus Vigilum Faltonius Reſtitutianus. Wie man nun daraus wiederum Modeſtin zum Vorſteher Dalmatiens hat machen können, iſt nicht wohl einzuſehen.[z]) Den jungen Maximinus, der ſchon in ſeinem ein und zwanzigſten (nach Andern im achtzehnten) Lebensjahr (238) umkam, unterrichtete Modeſtin in der Jurisprudenz.[aa]) In

---

v) Lamprid. Alex. 51.

w) L. 97 D. adquir. her. (29, 2). L. ult. D. de iure fisci (49, 14). In beiden Fällen erzählt Paulus (libro III decretorum) eine Verhandlung vor dem Princeps, worin er gegen Papinian votirt, jener aber nach der Meinung des letzteren entſchieden habe.

x) L. 52 § 20. D. de furt. (47, 2). Vgl. § 103 Note g.

y) Zuerſt gedruckt in Fabretti inscript. (1699) p. 278 sq. Dann u. a. auch in Spangenberg tabulae negotior. p. 299 sq. [zuletzt, mit Commentar von Rudorff Zeitſchr. für geſchichtl. Rechtswiſſ. XV Num. 8 S. 254 ff. Nachträge dazu von Mommſen daſelbſt Num. 10, 2, am ſorgfältigſten erörtert von F. P. Bremer: die Inſchrift über den Prozeß der Fullonen, Frankfurt a. M. 1866; vgl. C. J. L. VI n. 266.]

z) Es iſt eine der ſeltſamſten Combinationen: in jener Stelle Ulpians kommt Modeſtin und zwar wahrſcheinlich unter Caracalla, in irgend einem Verhältniß zu Dalmatien vor, in dieſer zu Rom gefundenen Inſchrift nimmt er, unter Alexander, an der Entſcheidung eines Proceſſes Theil, der mit Dalmatien nichts zu thun hat, — darum beziehen ſich beide Documente auf ſeine Vorſteherſchaft von Dalmatien, von der wir ſonſt gar nichts wiſſen. [Die Kellermannſche Abſchrift der Proceßurkunde ſetzt es völlig außer Zweifel, daß Modeſtin, als er jenen Proceß entſchied, Präfectus Vigilum in Rom war. R.]

aa) Capitol. Maxim. iun. 1.

einem Rescript Gordian's von 240 wird ein Responsum erwähnt, das Modestin der Partei, an welche das Rescript gerichtet ist, gegeben hat.[bb]) Aus seinen Schriften stehen 345 Stellen in den Dig.

Die Verfertiger der justinianischen Digesten haben noch von zwei Juristen Stellen aufgenommen, die offenbar einer späteren Zeit angehören. Der eine ist Hermogenianus (107 St. in den Dig.), dessen Werk: libri VI epitomarum schon durch seinen Titel als eine aus der früheren Literatur zusammengetragene Arbeit sich zu erkennen giebt, der andere Aurelius Arcadius Charisius (5 Stellen).[cc])

CI. Betrachten wir nun den Einfluß, welchen die gesammte Körperschaft jener durch drei Jahrhunderte thätigen Juristen auf die Entwickelung des römischen Rechts gehabt hat, so ist dieser so unermeßlich, daß jedes andere bei der Rechtsbildung wirkende Element nur eine untergeordnete Stelle einnimmt, und von der Macht der Wissenschaft als mehr oder weniger abhängig erscheint. Die rechtserzeugende Kraft des Volksbewußtseins, in den Juristen als den natürlichen Repräsentanten ihrer Nation in rechtlichen Dingen concentrirte sie sich, die Juristen leiteten die Magistrate bei der Ausübung der Autonomie, die ihnen durch das Jus edicendi gegeben war, der Gesetzgeber erhielt von ihnen den Impuls oder, was nicht geringer ist, die Mittel zur Ausführung seiner Absichten. Wir schreiben damit den römischen Juristen nicht einen Einfluß zu, der ihnen als ein eigenthümliches Vorrecht vor der Jurisprudenz anderer Zeiten und Völker beschieden gewesen wäre; zu jeder Zeit und bei jedem Volk wird die wahre Rechtswissenschaft diese Macht besitzen.

Die Jurisprudenz hat eine doppelte Aufgabe. Die Auffassung des durch die Volksüberzeugung und Gesetzgebung gegebenen Rechts, die Rechts- und Gesetzeskunde ist nur die eine Seite derselben. Die andere besteht in dem productiven Verhältniß zu dem Recht, in der Entwickelung neuer Rechtssätze aus dem bestehenden Recht. Der Uebergang von jener receptiven zu dieser productiven Thätigkeit wird durch die systematische Auffassung des Rechts, durch seine Zurückführung auf die ihm zu Grunde liegenden Principien bewirkt, wenn sich damit eine praktische Neigung, eine lebendige Anschauung des Rechts verbindet, ohne die eine wahre Rechtswissenschaft nicht gedacht werden kann. Die productive Kraft der Jurisprudenz wird durch die römischen Juristen auf das augenscheinlichste bestätigt, unzählige Rechtssätze sind durch ihre wissenschaftliche Wirksamkeit ohne Beihülfe einer andern Rechtsquelle entstanden. Und dies ist nicht eine Folge der besonderen, exceptionellen Stellung gewesen, welche die einzelnen Juristen nach einer eigenthümlichen Einrichtung jener Zeit, deren an einem andern Ort gedacht werden wird (§ 116), einnahmen, es ist eine reine Wirkung der Wissenschaft, wie sie sich, die rechte Jurisprudenz vorausgesetzt, auch unter andern äußeren Umständen wiederholt.

Die Wissenschaft hat den ihr überlieferten Rechtsstoff auf Principien zurückgeführt, und aus diesen das Recht selbst auf vielfache Weise erweitert. Den römischen Juristen aber war das Recht in zwei Theilen überliefert worden, ein individuell-römisches Recht, das Jus civile, und jenes allgemeinere, das

---

bb) L. 5 C. ad exhib. (3, 42).

cc) Er citirt Modestin in L. 18 § 26 D. de muner. (50, 4): — ut Herennius Modestinus et notando et disputando bene et optima ratione decrevit —; schon der Stil dieser wenigen Worte verräth das Zeitalter, dem der Autor angehört.

Jus Gentium. Für beide hatte man in der vorwissenschaftlichen Zeit nur äußere Erkenntnißquellen, für dieses die prätorischen Edicte und die Praxis der Gerichte, das Herkommen überhaupt, für jenes außerdem noch die Gesetze und die Autorität der Rechtskundigen. Die Juristen führten sie auf ihre Principien, auf die civilis, auf die naturalis ratio (ratio iuris gentium) zurück, die als Keime in ihnen lagen, und durch die Wissenschaft hervorgetrieben und in Thätigkeit zu setzen waren. Man lernte das Recht aus inneren Gründen erkennen, und neue Rechtssätze aus den gegebenen Prämissen erschließen. Beide Theile erfuhren diese Aus- und Fortbildung, der Gegensatz blieb, denn er hatte durch die Unfähigkeit der Peregrinen zu den Verhältnissen des Jus civile, durch ihre Beschränkung auf das Jus Gentium, eine hohe praktische Wichtigkeit, aber dieß verhinderte nicht, beide Rechte in einzelnen Punkten einander zu nähern, und das allgemeinere Element des Rechts einen gewissen Einfluß auch in den Grenzen des Jus civile gewinnen zu lassen. So waren die Testamente ein reines Geschäft des Jus civile, wenn aber die römischen Juristen bei der Interpretation derselben die wahrhafte Intention des Testators als den leitenden Grundsatz betrachteten, und gegen die Form der Worte, so weit es ohne directe Beseitigung der Vorschriften des Jus civile möglich war, geltend machten, wenn sie ferner neben den strengen Formen der Hinterlassung einer freieren, der fideicommissarischen, Raum verschafften, so war dieß eine Wirkung jenes allgemeineren Rechtssinnes, der in dem Jus Gentium seine eigentliche Heimath fand. Von den beiden Elementen war offenbar das Jus Gentium und das sich ihm vorzugsweise anschließende prätorische Recht das bildsamere, aber indem die Juristen diesem Theil des Rechts sich zuwandten, folgten sie zugleich der Richtung, welche der Geist ihres Volks nahm, sie gehorchten der dem rechten wissenschaftlichen Sinne vernehmlichen Stimme einer höheren Macht, und gaben dem römischen Recht die Entwickelung, die es geschickt machte, als ein Weltrecht das Leben der Nation, bei der es entstanden war, weit zu überdauern. Es erklärt sich daraus auch, wie ihnen das Jus Gentium selbst eine andere Gestalt gewinnen mußte, als in der es ursprünglich entstanden war, und wie sehr die im Irrthum sind, welche dieses Recht mit der Anschauung, welche die römischen Juristen davon haben, beginnen lassen (§ 84). Der Begriff des Jus Gentium hatte sich ihnen verändert, sie fügen das wissenschaftliche Moment der ratio iuris gentium hinzu, als die vornehmste Erkenntnißquelle dieses Rechts; es ist ihnen das Recht, quod naturalis ratio inter omnes homines constituit, nur die unmittelbar praktische Bedeutung, als das Recht, welches für Römer und Nichtrömer gilt, ist dieselbe geblieben.

CII. An die wissenschaftliche Methode der römischen Juristen hat man nicht selten den Maßstab der Gegenwart angelegt, und nach den Bedingungen heutiger Wissenschaft ihr Verfahren beurtheilt. In den Händen der Meisten ist dieses Maß, dem sie häufig selbst nicht gewachsen waren, nicht zum Nachtheil jener Juristen gebraucht worden, von deren allgemeiner Vortrefflichkeit sie eine so unbestimmte zwar, aber desto unerschütterlichere Ueberzeugung hatten, daß sie nicht verfehlten, alles was sie in Beziehung auf historische und philosophische Bildung für einen Vorzug hielten, in jenen leibhaftig wieder zu finden. Einige aber haben sich von diesem Standpunkt aus, wie sie selbst ihn eben auffaßten, veranlaßt gesehen, einen scharfen Tadel auszusprechen. Ungern sieht man auf diesem Irrweg einen verdienten Gelehrten, der es sich zum besonderen Geschäft macht, den Mangel einer historischen Forschung bei den römischen Juristen zu

beklagen.[a]) Doch theilt Dirksen sie in zwei Zeitalter, die Juristen bis Trajan hätten sich, wie er sich in seiner Weise ausdrückt, bedeutende „Verdienste im Fache der Geschichte und Alterthumskunde des Rechts erworben," wogegen die Späteren „auf das Prädikat kritischer Rechtshistoriker und Antiquare auf keine Weise Anspruch machen können." Wir sehen von der Begründung dieses Urtheils ab: ein Grund ist, daß in den Fragmenten der älteren Juristen, die wohl zu merken von Alterthumsforschern citirt und so uns überliefert werden, so viel, in denen der späteren, die vornehmlich in den Digesten, wobei die Auswahl nicht durch antiquarisches Interesse bestimmt wurde, erhalten sind, so wenig geschichtliche Notizen vorkommen, sodann werden einzelne Beispiele historischer Unkritik gegeben, gegen die zum Theil erhebliche Einwendungen zu machen sind.[b]) Eben so gehen wir darüber hinweg, ob, wie unser „kritischer Antiquar" vorauszusetzen scheint, der bloße Besitz antiquarischer Kenntnisse und ihre gelegentliche Mittheilung an und für sich schon ein juristischer Vorzug ist, ob er eine Garantie für die Förderung der Jurisprudenz darbietet, so daß nach dem Maß jener Kenntnisse der Antheil an der wissenschaftlichen Ausbildung des Rechts sich bestimme. Wir wollen, was von der antiquarischen Forschung gesagt ist, von der wahrhaft historischen, welche die Gegenwart an die Vergangenheit anknüpft und aus ihr ableitet und zu begreifen sucht, gelten lassen, und den römischen Juristen, aber nicht bloß den späteren, diese geschichtlichen Untersuchungen als eine constant angewendete Methode aussprechen — was folgt daraus?

Die Methode der römischen Juristen in der wissenschaftlichen Behandlung des Rechts war zum Theil eine andere, als sie jetzt anwendbar ist. Wir haben dasselbe Ziel, wie sie, aber wir haben theilweise andere Mittel anzuwenden, um es zu erreichen. Das Ziel ist die vollkommene Herrschaft über den Stoff, die systematische Durchdringung, das praktische Durchleben des Rechts; die Fähigkeit, die allgemeinsten Sätze in ihren Wirkungen bis in die kleinsten Verzweigungen zu verfolgen, und umgekehrt von dem concretesten Fall durch alle Mittelglieder zu den obersten Principien als der Quelle aufzusteigen, und dieß nicht als in einem todten Mechanismus, sondern als in einem lebendig pulsirenden, neben logischer Gebundenheit einer freien Mannigfaltigkeit sich erfreuenden Körper. Die römischen Juristen haben sie in einem bewunderungswürdigen Grad besessen, jene Fähigkeit und diese Beherrschung eines Organismus: „wo Ein Tritt tausend Fäden regt, wo Ein Schlag tausend Verbindungen schlägt." Welche waren ihre Mittel? Sie waren einfacher als die unsrigen. Das Recht stand ihnen viel näher, als es uns steht. Wie in allen Gegenständen des Wissens, so auch im Recht haben wir einen weiteren Horizont als die Alten, unser Recht ist zum großen Theil in längst vergangenen Zeiten, in einer andern Welt, unter andern Völkern entsprungen. Seine Erkenntniß fordert einen

---

a) Dirksen über die Spuren historischer Kritik und antiquarischer Forschung in den Schriften der römischen Juristen, Versuche 1823 Abhandl. 5.

b) So soll Pomponius „alle billigen Anforderungen der Kritik vernachlässigen, indem er den Anfang des Einflusses der responsa prudentum auf die Bildung des non scriptum in ein gewisses Helldunkel stellt." Man könnte wohl eher sagen, das entgegengesetzte Verfahren wäre ein unkritisches gewesen. Dagegen sagt Celsus (L. 96 D. de V. S. 50, 16), die genaue Bestimmung, wie weit das Meeresufer reiche, rühre, wie man sage, von Cicero her, der den Grundsatz zuerst in einem Proceß, worin er Richter gewesen sei, aufgestellt habe. In den Topika (cap. 7) führt Cicero selbst dieß als ein Gutachten des Aquilius an. Das ist aber eine „einzelne Nachlässigkeit bei einer bloß gelegentlichen Aeußerung," die nicht entscheiden kann; — hätte Celsus etwas später gelebt, so würde das Urtheil Dirksens wahrscheinlich anders ausgefallen sein.

beträchtlichen gelehrten Apparat, wir bedürfen einer zusammenhängenden geschichtlichen Forschung, um unseres Rechts nach allen Seiten mächtig zu werden, und den außerdem todten Niederschlag der Gegenwart in uns zu einem lebendig geborenen Organismus zu machen. Den Römern erschloß sich ihr Recht auf eine weit unmittelbarere Weise. Es hatte allerdings schon vor vielen Jahrhunderten sich zu bilden angefangen, es war in dieser langen Zeit im Ganzen und Einzelnen durch manche Veränderungen hindurchgeführt worden. Aber diese Entwickelung war so gemessen, so einfach und ohne störende exoterische Einflüsse geschehen, daß die Spuren der ältesten Zustände noch in dem gegenwärtig geltenden Recht vor Augen lagen. Man konnte seine Geschichte, soweit sie die richtige Erkenntniß des praktischen Rechts und seine Fortbildung bedingte, gewissermaßen in den gegenwärtigen Zuständen unmittelbar anschauen. Die historischen Darstellungen der römischen Juristen betreffen daher mehr Einzelheiten, als daß sie auf das Ganze der Rechtsentwickelung gerichtet gewesen wären. Dieß ist eine Erscheinung, die weit über den Bereich der römischen Jurisprudenz hinaus reicht, unser gesammter wissenschaftlicher Betrieb ist von dem des Alterthums verschieden. In der Wissenschaft des Alterthums überhaupt nahm eine Naturkraft die Stelle ein, die jetzt der seiner selbst und seiner Hülfsmittel und Wege kritisch bewußte Gedanke hat.

Und wie stand es mit der Philosophie? Auch hier ist unsere Lage eine andere, als die der Römer. Unsere Zeit ist auf die gleichmäßige Ausbildung der verschiedenen Seiten des menschlichen Geistes angewiesen, die nur in ihrer inneren Einheit ihre volle Wahrheit besitzen, und die sich doch vermöge ihres natürlichen Triebes abzusondern und gegen einander zu verselbständigen trachten. Das Band der verschiedenen Wissenschaften ist die Philosophie, welche, indem sie in jeder Wissenschaft das Gemeinsame ausbildet, ihr die Vollendung zu geben bestimmt ist. Die Römer waren vorzugsweise zu Einer Wissenschaft berufen, in ihr ging ihr geistiges Streben auf, die Jurisprudenz war ihnen zugleich die Philosophie; nicht ohne Grund konnte Ulpian sagen: iustitiam colimus, et boni et aequi notitiam profitemur; aequum ab iniquo separantes, licitum ab illicito discernentes, bonos non solum metu poenarum, verum etiam praemiorum quoque exhortatione efficere cupientes, veram nisi fallor philosophiam, non simulatam affectantes. Die Juristen waren so gut als andere gebildete Männer unterrichtet in der Rhetorik oder Dialektik, und belesen in den philosophischen Schriften, namentlich der Stoiker, als der damals angesehensten Philosophen, welche sie auch zuweilen für gewisse allgemeinere Punkte allegiren,[c]) eben so wie sie sich auch auf die Dichter, z. B. auf Homer berufen. Aber die Philosophie war weit entfernt, auf ihre Behandlung der Rechtswissenschaft einen Einfluß auszuüben, der mit dem zu vergleichen wäre, welcher ihr heutzutage zukommt.

Sonst war unter unseren Gelehrten die Meinung herrschend, die Philo-

---

c) Z. B. für den Begriff des Gesetzes L. 2 D. de legib. (1, 3). Das praeceptum iuris: honeste vivere (L. 10 § 1 D. de iust. et iure 1, 1) könnte eine Reminiscenz aus den Stoikern (Cic. de fin. II 11), und es würde dann eine Bestätigung davon sein, daß dergleichen Entlehnungen so gut wie gar keinen Einfluß auf den eigentlichen rechtlichen Gehalt der Thätigkeit der Juristen hatten, denn wir finden nicht, daß aus jenen s. g. praecepta iuris (§ 11 Note a) das Recht wirklich abgeleitet worden wäre. Das übrigens, worauf es bei jener Entlehnung gerade ankäme, daß nämlich das honeste vivere auch so verstanden worden wäre, wie von den Stoikern: vivere cum intelligentia earum rerum, quae natura evenirent, eligentem ea, quae essent secundum naturam, reiicientemque contraria, bleibt ganz unausgemacht.

sophie, und namentlich die stoische, habe eine ungemessene Wirkung auf die römische Jurisprudenz gehabt, ja sie sei eigentlich die Mutter derselben gewesen. Manche haben dieß für eine große Empfehlung gehalten, andere haben daraus den Umstand erklärt, daß die Römer in der Ausbildung des Rechts doch nicht das höchste Ziel erreicht hätten. Von der Gründlichkeit jener Behauptungen geben einige Argumente eine deutliche Vorstellung: die Grundlage der Rechtswissenschaft, sagt man, ist die systematische Auffassung, nun rühmt Cicero den Servius, daß er sich darin vor Andern ausgezeichnet habe, dieser Servius aber hielt sich einige Zeit in Rhodus, mit dialektischen und philosophischen Studien beschäftigt, auf, wie wir ebenfalls von Cicero erfahren, in Rhodus aber war, wie derselbe Cicero (freilich an einem ganz andern Ort) erzählt, unter andern Philosophen auch ein berühmter Stoiker, daraus ergiebt sich — daß die römische Jurisprudenz aus der stoischen Philosophie geflossen sei! Mit den specielleren Argumenten steht es nicht besser, es hat Gelehrte gegeben, die einen Mann aus keinem andern Grund, als weil er sich selbst umgebracht hat, für einen stoischen Philosophen gehalten, und die in einigen schlechten Etymologien, die sich bei den römischen Juristen finden, eine sichere Spur dieser Philosophie entdeckt haben.[d]) Mehr als alles hat zu jener in der That völlig unbegründeten Meinung die Verwechselung von Logik und Philosophie beigetragen, die freilich nicht bloß jenen Gelehrten zur Last fällt.[e])

CIII. Auch auf den Unterricht in der Jurisprudenz hatte die einfachere Stellung der römischen Juristen Einfluß. Er bewegte sich in den natürlichsten Formen, nur den ersten Keim künstlicher Anstalten für denselben können wir in dieser Periode wahrnehmen. Von Alters her war in Rom mit dem praktischen Beruf eines Juristen die Heranbildung Jüngerer für denselben Beruf verbunden, es wurde eine Ehre darin gefunden, Nachstrebende zu unterweisen, und sicherlich hat diese Verknüpfung nicht wenig dazu beigetragen, der praktischen Beschäftigung eine Würde zu bewahren, welche Cicero an ihr rühmt,[a])

---

d) Die Gehaltlosigkeit der ganzen Ansicht und ihrer Gründe hat sehr gut auseinandergesetzt Ratjen: Hat die stoische Philosophie bedeutenden Einfluß namentlich auf die in Justinian's Pandekten excerpirten juristischen Schriften gehabt? Kiel 1839, wiederholt 1844 in den Jahrbüchern von Sell III 3. [Vgl. aber Göppert über einheitliche, zusammengesetzte und Gesammtsachen (1871) S. 1 ff.]

e) Zu welchen verkehrten Anschauungen die Jagd nach Stoicismen führt, mag folgendes Beispiel zeigen. Wenn man zu einer nachtheiligen Handlung, z. B. zu einem Vertrag, zum Antritt einer Erbschaft, durch Drohung vermocht worden ist, so ist es der Gerechtigkeit gemäß, daß dem Gezwungenen gegen den ihm daraus erwachsenen Nachtheil geholfen, daß namentlich die erzwungene Handlung wieder aufgehoben werde. Nur, bemerkt Paulus, kann man nicht sagen, die Handlung sei von selbst als nicht geschehen zu betrachten, denn was wir durch Drohung vermocht (welche ja die Wahl nicht ausschließt), gewollt haben, haben wir doch gewollt, es ist unser Wille, unsere Handlung: si metu coactus adii hereditatem, puto me heredem effici, quia quamvis, si liberum esset, noluissem, tamen coactus *volui*, sed per praetorem restituendus sum etc. L. 21 § 5 D. quod metus c. (4, 2). Wir werden in dieser Bemerkung eine natürliche Wahrheit finden, die der Jurist schön und scharf ausgeprägt hat. Nein, sagt noch Mühlenbruch (Lehrb. d. Pand. R. § 93), stoisch ist es, denn die Stoiker haben behauptet: — es solle sich niemand durch Zwang bestimmen lassen. Hiernach hätte nun eigentlich gar keine Berufung auf einen erlittenen Zwang zugelassen werden dürfen; der Jurist sagt freilich das Gegentheil, aber nur, „weil in der Praxis von dem Grundsatz des Stoicismus kein Gebrauch gemacht wurde." Man sieht, es wird in die Stelle eine Albernheit hineininterpretirt, an welcher Paulus ganz unschuldig ist, der sich's nicht einfallen lassen konnte, daß man seinen Satz: eine aus Furcht vorgenommene Handlung ist eine Handlung, durch die Verwechselung mit einer stoischen Vorschrift zu einer Verkehrtheit machen würde.

a) Cic. de orat. I 45.

und das Versinken in einen mechanischen Betrieb fern zu halten. Davon mögen die Geschäftsmänner unserer Tage Zeugniß geben, denen die Unterweisung angehender Praktiker ein wohlbegründetes Gefühl geistiger Befriedigung unter der Last ihres eigentlichen Amtes gewährt. Ius ciuile docere, sagt Cicero, semper pulchrum fuit, hominumque clarissimorum discipulis floruerunt domus.[b]) Die Lernenden waren bei den Geschäften, bei den Ertheilungen von Gutachten und was sich daran schloß, gegenwärtig als auditores, der Jurist nahm davon Veranlassung, sie in das Innere der Sache blicken zu lassen, die Gründe seines Verfahrens ihnen auszulegen, ihre Zweifel zu lösen, und sie so zu dem Beruf anzuleiten. Diesem Unterricht, dem sich kein angesehener Jurist entzog,[c]) wenn auch nicht jeder jedem zugleich den Zugang in sein Haus und zu seinem belehrenden Gespräch auch außer den Stunden der Geschäfte öffnete,[d]) ging ein vorbereitender vorher, der auf die Anfangsgründe in der Jurisprudenz gerichtet war, ohne welche jener praktische Unterricht keinen befriedigenden Erfolg gehabt haben würde. Diese verschiedenen Arten des Unterrichts werden durch besondere Kunstausdrücke genau unterschieden: der vorbereitende wird mit dem Wort institui, jener praktische dagegen mit audire bezeichnet, kommt zu dem letzteren noch eine nähere Theilnahme des Lehrers an Bildung und Studium, so wird dafür der Ausdruck instruere gebraucht. Daher steht sowohl das instructum esse als das auditorem esse dem institutum esse ab aliquo entgegen.[e]) Mit allen diesen Unterrichtsarten verband sich die Lectüre der juristischen Schriften, wie sie dem Anleitenden als die passendste erschien.

Jene praktische Schule, von welcher die Lernenden auditores hießen, erhielt sich diese ganze Periode als die hauptsächlichste Art des Unterrichts ohne wesentliche Veränderung. Nur dieß wurde gewöhnlicher, daß die Auditoren eines angesehenen Juristen viel länger, als es früher zu geschehen pflegte, unter seiner Leitung blieben, nicht sowohl des Unterrichts wegen, als vielmehr um unter seiner Autorität und fortwährenden Beihülfe den juristischen Geschäftsberuf zu üben. Für solche wurde nun der Ausdruck studiosi gebräuchlich.[f]) Um dieß zu erklären, muß eine Einrichtung erwähnt werden, von welcher erst unten das Nähere vorkommen wird. Das Recht zu respondiren wurde von dem Princeps verliehen, ohne Zweifel erhielten es regelmäßig nur angesehene Männer, auf keine Weise dürfen wir annehmen, daß es verschwenderisch gegeben wurde. Viele, die sich der Jurisprudenz widmeten, erhielten es wohl niemals, und bei allen, die es bekamen, ist eine längere oder kürzere Zeit anzunehmen, in welcher sie sich juristischen Geschäften unterzogen, ehe sie zu jener Auszeichnung gelangten. Diese Geschäftsmänner empfanden das Bedürfniß,

---

b) Cic. orat. 41. Er beklagt, daß man nicht in Beziehung auf die Redekunst es eben so mache.

c) Cic. Brut. 89: (Q. Scaevola) qui quamquam nemini se ad docendum dabat, tamen consulentibus respondendo studiosos audiendi docebat.

d) So war z. B. Cicero bei Q. Mucius dem Augur eingeführt Cic. Lael. 1.

e) Sehr bestimmt werden diese Ausdrücke geschieden von Pomponius L. 2 § 43. 47 D. de O. I.: (Servius) plurimum eos, de quibus locuti sumus, audivit, institutus a Balbo Lucilio, instructus autem maxime a Gallo Aquilio. — (Labeo) omnes hos audivit, institutus est autem a Trebatio.

f) So nennt Ulpian den Modestin studiosus meus (§ 100 Note x) und Paulus sagt (L. 4 D. de extrao. cogn. 50, 13): Divus Antoninus Pius rescripsit, iuris studiosos, qui salaria petebant, haec exigere posse. Vgl. ferner L. 1 D. de off. adsess. (1, 22): — officium adsessorum, quo iuris studiosi partibus suis funguntur. — Gell. XII 13. Sueton. Ner. 32: — ut ingratorum testamenta ad fiscum pertinerent, ac ne impune esset studiosis iuris, qui scripsissent vel dictassent ea. L. 9 § 4—7 D. de poen. (48, 19).

fort und fort, auch wenn die eigentliche Zeit des Lernens vorüber war, in dem Verhältniß zu dem Juristen, dessen auditores sie waren, zu verharren, daß sie unter seiner Aegide ihren Beruf trieben, sich (mündlichen oder schriftlichen) Rathes bei ihm erholten,[g]) und so durch das Ansehen ihres Patrons, wenn wir ihn so nennen wollen, selbst gehoben und gefördert wurden. So ist es gekommen, daß diese Geschäftsmänner durch jenen Namen iuris studiosi von den Juristen, die eine durchaus selbständige Stellung erlangt hatten, den iuris auctores, wie diese genannt wurden, unterschieden werden. Wir kehren zu den auditores zurück. Der praktische Unterricht war so sehr die Hauptsache, daß wir ihn stets zu verstehen haben, wenn ein Jurist schlechthin als Schüler eines andern, dieser als praeceptor jenes bezeichnet wird. Nur daß, eine natürliche Folge der wachsenden Literatur, das Studium der Schriften eine immer größere Wichtigkeit erhielt, und einen immer bedeutenderen Theil der Unterweisung bildete. Einen großen Theil dessen, was in alter Zeit der mündlichen Ueberlieferung ausschließlich vorbehalten war, fand der Lernende jetzt in den Büchern seines Lehrers, deren Benutzung natürlich von ihm vorausgesetzt wurde, und von denen er dann auf die übrige Literatur überging. In der Zeit des Gegensatzes zwischen den Sabinianern und Proculianern kamen zu den Schriften des unmittelbaren Lehrers noch die der früheren Häupter der Schule, so daß der Schüler diese sämmtlich mit vollem Recht seine Präceptores nennen konnte, wie Gaius so oft die Auctores der sabinianischen Schule als nostri praeceptores bezeichnet.[h])

Für den Anfangsunterricht aber entstand in dieser Periode eine neue Einrichtung, neben welcher die frühere Form desselben sich nur noch als Ausnahme erhielt. Mit dieser vorbereitenden und einleitenden Lehre (institutio) hat es in der Zeit Cicero's diese Bewandtniß. Sie war regelmäßig nicht Sache der angesehensten, durch das Zutrauen ihrer Mitbürger vielbeschäftigten Juristen, doch fanden sich immerhin solche, die eigene Neigung oder fremdes Anliegen dazu bestimmte, wie jenen Lucilius, der dem Servius, und Trebatius, der dem Labeo diesen Unterricht gab. Außerdem wurde wohl auch von vorgeschrittenen Schülern den Anfängern Hülfe geleistet, und mancher mochte sich durch eigene Kraft zu der Fähigkeit, an jenem praktischen Unterricht mit Nutzen Theil zu nehmen, emporarbeiten. Schulen dafür, wie für die Rhetorik, gab es nicht, und dieß war ohne Zweifel ein Hauptgrund, warum das Lehren der Jurisprudenz ehrenvoll erschien, während man es unschicklich fand, wenn ein angesehener Mann in der Redekunst unterrichten wollte; er rief dadurch eine ihm nicht schmeichelhafte Vergleichung mit den Rhetoren hervor, deren Beschäftigung im Volk wenig geachtet war.[i]) Im Lauf der gegenwärtigen Periode geschah es nun, daß jenen Rhetoren ähnlich auch juristische Lehrer auftraten, die einem Jeden, der sich melden würde, gegen ein Honorar jenen vorbereitenden Unterricht zu geben sich bereit erklärten, also eigentliche Schulen eröffneten, denen es sicherlich nicht an Zulauf gefehlt haben wird. Wann dieß zuerst geschehen sei, ist unbekannt. Daß manche Gelehrte die Nachricht von Massurius Sabinus, er sei von seinen Auditores erhalten worden (§ 99), von Studentenhonorarien für Vorlesungen verstanden haben, ist ein aus modernen Anschauungen

g) Viele Gutachten der Juristen sind nicht unmittelbar an Parteien, sondern auch an diese ihre „Studiosi" gegebene.

h) Die Meinung, daß er zuweilen darunter bloß seine unmittelbaren Lehrer verstehe (Dirksen Beiträge S. 21 f.), ist wohl unbegründet.

i) Cic. Orat. 41. 42.

entſprungener Einfall, den jetzt niemand mehr für glücklich halten wird; dieſe Auditores ſind offenbar Theilnehmer an jenem praktiſchen Unterricht, von welchem vorhin die Rede war. Dagegen iſt es wahrſcheinlich, daß Gellius, der aus ſeiner Jugendzeit (alſo unter Pius, wenn nicht ſchon unter Hadrian) einer Rechtsfrage ſich erinnert, die damals in plerisque Romae stationibus ius publice docentium aut respondentium erwogen worden ſei, unter jenen stationes ius docentium, die er von den stationes respondentium unterſcheidet, wirkliche Schulen verſtanden habe.[k]) Solche Perſonen, die ſich das Lehren des Rechts zu einem ſelbſtändigen Geſchäft gemacht haben (denn darin beſteht eben der eigentliche Unterſchied dieſer neueren Sitte von den älteren) erwähnt auch der Juriſt, welcher in dem § 150 der vaticaniſchen Fragmente excerpirt iſt,[l]) und in demſelben Betreff Modeſtinus.[m]) Ulpian nennt dieſe Lehrer iuris civilis professores,[n]) in einem andern Sinn, als Pomponius ſagt: iuris civilis scientiam plurimi et maximi viri professi sunt, und: ante Tiberium Coruncanium publice professum neminem.[o]) Jene Bedeutung von professores kam daher, daß mit der Profeſſio einer Ars liberalis als Lehrer gewiſſe Vortheile verbunden waren, auf dieſe konnte nur der Anſpruch machen, der in Folge einer Erklärung vor einer competenten Behörde zugelaſſen war; ſo geſchah es, daß ſolche Lehrer vorzugsweiſe professores genannt wurden.[p]) Man hat gewöhnlich die von unſerem Standpunkt aus nicht unnatürliche, für die damaligen Zuſtände aber fremdartige Vorſtellung, dieſe Lehrer von Profeſſion hätten in großem Anſehen geſtanden, ja die berühmteſten Juriſten ſeien ſolche professores geweſen. Es findet ſich auch nicht die mindeſte Spur, die als Grund für dieſe Vorausſetzung dienen könnte. In der alten Zeit würde über ſolche juriſtiſche Schullehrer wahrſcheinlich eben ſo geurtheilt worden ſein, als über die lateiniſchen Rhetoren, deren Schulen noch im ſiebenten Jahrhundert, nachdem man die griechiſchen ſchon gewähren ließ, durch ein cenſoriſches Edict mißbilligt wurden.[q]) Jetzt ließ man es geſchehen, daß Rechtsſchulen gehalten wurden; die Meinungen über den Nutzen und das Bedürfniß derſelben waren wohl ſo getheilt,

---

k) Gell. XIII 13. Statio iſt der Ort, wo ſich jemand (außer ſeinem Haus) für den Betrieb irgend eines Geſchäfts aufzuhalten pflegt, wie das deutſche Wort: Stand; daher wird es mit taberna zuſammengeſtellt L. 15 § 7 D. de iniur. (47, 7), vgl. Sueton. Ner. 37. So werden, wie mit dem deutſchen Wort, zuweilen auch Buden damit bezeichnet: L. 7 § 13 D. quib. ex caus. in poss. (42, 4): si circa columnas aut stationes (in foro) se occultet (wo die Emendation des Cujacius: statuas ſicher unrichtig iſt).

l) Neque geometrae, neque hi, qui ius civile docent, a tutelis excusantur.

m) L. 6 § 12 D. de excus. (27, 1): die Lehrer des Rechts (νόμων διδάσκαλοι) in den Provinzen haben keinen Theil an der Befreiung, die den Philoſophen, Rhetoren, Grammatikern, Aerzten gegeben iſt.

n) L. 1 § 5 D. de extrao. cogn. (50, 13).

o) L. 2 § 35 sqq. D. de orig. iur. (1, 2). Daß es ein höchſt lächerliches Mißverſtändniß wäre, Tiberius Coruncanius und die folgenden von Pomponius Genannten für Profeſſoren in jenem andern Sinn zu halten, iſt jetzt wohl niemanden mehr zweifelhaft.

p) Die ludi literarii magistri hießen nicht professores (L. 1 § 6 D. de extrao. cogn.), weil jene ſolenne Profeſſio nicht bei ihnen üblich war; dennoch wurde auch ihnen eines der geſetzlichen Vorrechte der Profeſſores durch das Herkommen zugeſprochen, nämlich daß der Präſes ihnen durch eine extraordinaria cognitio zu ihren Honorarien verhalf.

q) »Renuntiatum est nobis, esse homines, qui novum genus disciplinae instituerunt, ad quos iuventus in ludum conveniat, eos sibi nomen imposuisse latinos rhetores; ibi homines adolescentulos totos dies desidere. Maiores nostri, quae liberos suos discere et quos in ludos itare vellent, instituerunt. Haec nova, quae praeter consuetudinem ac morem maiorum fiunt, neque placent neque recte videntur. Quapropter et his, qui eos ludos habent, et his, qui eo venire consuerunt, visum est faciendum, ut ostenderemus nostram sententiam, nobis non placere.« Sueton. de clar. rhet. 1. Gell. XV 11.

wie bei den rhetorischen, aber man legte im Ganzen keinen sehr großen Werth darauf, und sie waren weit entfernt, mit der althergebrachten Art des Unterrichts eine gleiche Geltung sich zu verschaffen. Die angesehenen Juristen sorgten auch für den Anfangsunterricht durch Schriften, die sie für den Gebrauch der Anfänger schrieben; dieß ist die Veranlassung der institutiones und ähnlicher Bücher, die also keineswegs als Schulbücher und Grundrisse für Vorlesungen zu betrachten sind, wiewohl sie in der späteren Zeit und zum Theil vielleicht auch schon von den professores dieser Periode in dieser Art gebraucht wurden. Ulpian sagt, den iuris civilis professores sei keine gerichtliche Einforderung des Honorars zu gestatten, dessen Empfang zwar nicht gerade verwerflich (zumal da es eine nothwendige Folge davon war, daß aus dem Unterricht eine Profession gemacht wurde), dessen Einklagung aber unziemlich, und mit der Würde eben der Wissenschaft, welche diese Leute mitzutheilen sich rühmten, nicht verträglich sei.[r]) Nach allem diesen, verbunden mit den übrigen Nachrichten über den Zustand der Jurisprudenz und die Stellung der Juristen, wird man jene Meinung, daß die professores einen bedeutenden Antheil an der Entwickelung der Rechtswissenschaft gehabt, und daß Männer wie Julian, Papinian, Ulpian, Paulus dieses Metier (denn ein solches war es damals) getrieben hätten, für eben so seltsam halten dürfen, als wenn jemand Cicero und die andern großen Redner seiner Zeit mit den Rhetoren verwechseln wollte, welche Suetonius in seinem Buch de claris rhetoribus aufführt.[s]) Im Mittelalter hat die Wissenschaft mit den geordneten Schulen begonnen, und sie steht bis auf diesen Tag in wesentlicher Verbindung mit den Universitäten; dieß berechtigt uns nicht, denselben Gang der Dinge in Rom zu suchen, hier vielmehr ist die wahre Jurisprudenz in dem Uebergewicht des Schulstudiums zu Grabe gegangen.*)

Erhaltene Schriften der Juristen.

CIV. Die Ueberreste der juristischen Literatur dieser Periode, deren Studium damals neben der Anschauung des rechtlichen Verkehrs selbst das hauptsächlichste Element des Rechtsunterrichts war, sind auch für uns eine reich-strömende Quelle juristischer Bildung, für die Kenntniß des römischen Rechts selbst sind sie unentbehrlich; ohne sie würden die übrigen Quellen nur unzusammenhängende und unverständliche Notizen gewähren. Ihre Ueberlieferung ist aber zum größten Theil nicht so rein und unmittelbar geschehen, wie die der meisten Werke anderer römischer Schriftsteller, welche wir besitzen. Sehr vieles ist nicht in solchen Handschriften, bei denen die Absicht auf ein reines und vollkommenes Wiedergeben des Autors ging, auf uns gekommen, sondern durch eine Vermittelung, die dem Ueberlieferten entweder die Vollständigkeit, oder die Reinheit, oder beides zugleich absichtlich entzogen hat. Einiges haben wir auf jene unmittelbare Art erhalten, und dieses ist durch die Reinheit der Ueberlieferung unschätzbar, aber das nur mittelbar Ueberkommene hat durch seine bedeutendere Masse für uns einen nicht geringeren, ja einen noch größeren Werth.

In Beziehung auf das letzte ist es von großer Wichtigkeit, das Verhältniß

---

r) L. 1 § 5 D. de extrao. cogn. (50, 13). Ulpian wahrt hier die Heiligkeit seiner Wissenschaft: est quidem res sanctissima civilis sapientia — kein Wort aber verräth, daß er sie mit dem Treiben jener Schulhalter identificirt, und daß er diese irgend hoch gestellt hätte.

s) Von einem derselben erzählt er (cap. 6), er sei auch als gerichtlicher Redner aufgetreten, aber es war darnach. Er bewirkte durch eine declamatorische Phrase, die der Gegner mit größerer Geistesgegenwart als eine Eidesdelation nahm, den Verlust des Processes.

*) [Die obige Auffassung wird wesentlich berichtigt durch F. P. Bremer die Rechtslehrer und Rechtsschulen im röm. Kaiserreich 1868.]

des Mediums der Ueberlieferung zu dem Gegenstand zu bestimmen, es entscheidet sich danach die historische Zuverlässigkeit der Schriften als Quelle für den Rechtszustand ihrer Zeit. Wie weit nun durch eine solche Ueberlieferung die Reinheit und Vollständigkeit des Ueberlieferten erhalten worden ist oder nicht, hängt zum Theil vom Zufall, ferner von dem Geschick des Mittheilers ab, — diese Umstände haben nicht bloß bei der mittelbaren, sondern auch bei der unmittelbaren Ueberlieferung eingewirkt — zum Theil aber, und dieß ist jener eigenthümlich, von der Absicht, welche die das Medium zwischen uns und der ursprünglichen Schrift bildende Person hatte. Diese Absicht kann auf eine reine Mittheilung gerichtet gewesen sein, nur nicht auf eine vollständige, wie dieß der Fall ist bei späteren Schriftstellern, welche frühere citiren und die citirte Stelle wörtlich einrücken, ferner bei reinen Epitomatoren einer Schrift; umgekehrt kann Vollständigkeit ohne Reinheit beabsichtigt gewesen sein, bei Ueberarbeitungen der Schriften, wiewohl diese freilich in der Regel auch epitomatorisch sind, also auch der Vollständigkeit Eintrag thun; endlich kann eine Mittheilung von Auszügen zugleich unter Vorbehalt von Abänderungen, wo sie den Zwecken des Bearbeiters entsprachen, im Plane gelegen haben. Solche Veränderungen sind weniger zu vermuthen, wo der Zweck des Mittheilers ein rein theoretischer war; anders, wenn seine Arbeit einen praktischen Zweck hatte, und zwar den der Zubereitung für den unmittelbaren Gebrauch in den Gerichten, hier liegt es am nächsten, Veränderungen anzunehmen, welche den Inhalt des Mitgetheilten mit dem geltenden Recht in Uebereinstimmung bringen sollten. Mit Rücksicht auf die hier angedeuteten Unterschiede sollen nun die Ueberlieferungen einzeln dargestellt werden.[a])

A) Wir beginnen mit den Schriften, deren Ueberlieferung eine reine und unmittelbare ist, so daß also ihre etwaige Unvollständigkeit nur dem Zufall zugeschrieben werden kann, der die Handschrift betroffen hat, so wie eine Corruption einzelner Stellen nur als Versehen des Abschreibers erscheint, wie sie bei keiner Handschrift eines alten Schriftstellers gänzlich fehlen. Die bedeutendste Schrift, die wir auf diesem Wege überkommen haben, ist

1) Gai institutionum commentarii quattuor, entdeckt 1816 von Niebuhr in einer Handschrift der Bibliothek des Domcapitels zu Verona.[b]) Diese Handschrift enthält die Briefe des Hieronymus, sie ist aber palimpsest: der Abschreiber hatte dazu Pergament benutzt, auf welchem die Institutionen des Gaius geschrieben waren, indem er es durch Abwaschen und Abschaben dieser alten

a) Diese Ueberlieferungen sind sehr oft einzeln herausgegeben, die vorjustinianischen sind zur Erleichterung des Gebrauchs in Sammlungen mehr oder weniger vollständig mit andern älteren Rechtsquellen zusammengestellt worden. Die vornehmsten dieser Sammlungen sind: A. Schulting iurisprudentia vetus anteiustinianea L. B. 1717. 4 Lips. 1734. 4 (hauptsächlich wegen des Commentars zu den einzelnen Stücken von fortdauerndem Werth). Ius civile anteiustinianeum Berol. 1815. 2 Bde. 8 (von Hugo unternommen, von Verschiedenen ausgeführt, die Behandlung sehr ungleich.) Alle früheren Unternehmungen dieser Art aber werden weit übertroffen, in Vollständigkeit sowohl als in der Gründlichkeit der Behandlung, durch das Corpus iuris romani anteiustiniani, consilio professorum bonnensium: E. Böckingii, A. Bethmann-Hollwegii, E. Puggaei cur. 1835 ssq. 4. (die einzelnen Stücke sind auch besonders abgedruckt). [Neuere Sammlungen sind: Iurisprudentiae anteiustinianae quae supersunt. In usum maxime academicum composuit, recensuit, adnotavit Ph. Eduardus Huschke. 4. Ausg. 1879 und Collectio librorum iuris Anteiustiniani. In usum scholarum ediderunt P. Krueger, Th. Mommsen, G. Studemund. I (Gai inst.) 1877. II (Ulp. reg., Pauli sent., fragmenta minora saec. II et III) 1878.]

b) Die erste Kunde von dieser Entdeckung brachte Savigny's Aufsatz: Zeitschrift III Num. 4 [wieder abgedruckt Vermischte Schriften III 28], die ersten Erläuterungen dazu erschienen daselbst Num. 8 (1817), Verm. Schriften III 29. R.]

Schrift zur Aufnahme der seinigen zubereiten ließ. So enthalten 125 Quartblätter unter dem Text des Hieronymus den ausgelöschten des Gaius, welcher durch Anwendung chemischer Mittel unter jenem wieder sichtbar zu machen war. 32 derselben sind sogar zweimal rescribirt, indem man sie schon früher einmal zur Abschrift von Briefen des Hieronymus benutzt hatte, und dann erst, nachdem auch diese zweite Schrift wieder ausgelöscht worden war, die jetzt darauf befindliche dritte aufgetragen wurde, wodurch die Schwierigkeit, den Text des Gaius unter ihr hervorzuholen, außerordentlich vermehrt, ja zuweilen unüberwindlich geworden ist. Zu diesen rescribirten kommt noch ein nicht rescribirtes Blatt (von den Interdicten handelnd), welches sich in einem andern Convolut befindet, und schon früher entdeckt und herausgegeben worden war.[c]) So haben wir 126 Blätter aus einer sehr alten (dem sechsten oder fünften Jahrhundert angehörigen) Handschrift der Institutionen des Gaius, die nach einer Berechnung Hollweg's 129 betragen hat; Anfang und Ende ist vorhanden, die drei fehlenden Blätter sind aus der Mitte heraus verloren gegangen. 1817 ging in Auftrag der Berliner Academie Göschen nach Verona, um unter Beihülfe von Bethmann-Hollweg die Handschrift zu entziffern. Was diese geleistet haben, ist gegen den Zustand der Handschrift gehalten bewundernswerth. Mehrere der Lücken, welche blieben, sind später noch durch eine mit Anwendung wirksamerer Reagentien vorgenommene Revision von Blume theilweise ausgefüllt worden. Die Handschrift enthält den Namen des Werkes nicht, daß es die Institutionen des Gaius sind, geht aus der Uebereinstimmung mit den späteren Bearbeitungen und den einzelnen Stellen, die wir anderswoher daraus haben und darin wiederfinden,[d]) daß es die ächten Institutionen sind, aus ihrem Inhalt unwiderleglich hervor. Die erste Ausgabe des Werks ist 1820 erschienen, von Göschen mit seltener kritischer Sorgfalt bearbeitet, so daß sie durch genaue Mittheilung der Züge der Handschrift, wo sie irgend zweifelhaft sind, jedem den kritischen Apparat so vollständig als möglich an die Hand giebt. Dasselbe gilt von der zweiten Göschen'schen Ausgabe von 1824, die sich vor der ersten durch die Benutzung der Blume'schen Revision auszeichnet, nicht weniger von der dritten, die von Lachmann unter wiederholter Vergleichung der Papiere Göschen's, Hollweg's, Blume's (eine neue Vergleichung der Handschrift würde kaum mehr ein positives Resultat gewähren[e]) besorgt, 1842 erschienen ist.[f])

---

c) Von Scipio Maffei in: Istoria teologica etc. 1742 p. 90. Dann in Nouveau traité de diplomatique III p. 208 (1757). Zuletzt, kurz nach der Entdeckung Niebuhrs, von Haubold: notitia fragmenti veronensis de interdictis (Novemb. 1816).

d) Es existirt keine Stelle, die nicht entweder darin vorkommt, oder in eine der Lücken fällt.

e) [Nachdem die Abschriften von Göschen, Bethmann und Blume in dem Apographum Codicis Veronensis von Böcking 1866 zusammengefaßt worden, hat W. Studemund in diesem und den nächsten beiden Jahren die Handschrift mit glänzendem Erfolge nachverglichen. Seine Vergleichung ist 1874 erschienen unter dem Titel: Gaii Institutionum Commentarii quattuor. Codicis Veronensis denuo collati apographum confecit et iussu academiae regiae Berolinensis edidit G. Studemund.]

f) Unter den zahlreichen übrigen auf dem Grund der Göschen'schen ruhenden Ausgaben sind hervorzuheben: die von Klenze in: Gaii et Iustiniani institutiones coniunct. ed. Berol. 1829. 4, von Böcking, Bonn 1837. 12 [fünfte Ausgabe 1866], von Lachmann als Vorläufer seiner größeren Ausgabe 1841. 8, die des vierten Buchs von Heffter mit Commentar 1827. 4. [Die Nachträge aus der Studemund'schen Vergleichung enthalten die Ausgaben von Krüger und Studemund 1877 und von Huschke in der Iurisprudentia (Note a). — Eine bedeutende Anzahl bisher nicht beachteter Citate der Institutionen nach einer andern als der Veroneser Handschrift, die sich sogar an einigen Stellen aus denselben ergänzen läßt, enthalten die unter den Namen Philoxenus und Cyrillus bekannten Glossare. Vgl. Rudorff über die lexicalen Excerpte aus den Institutionen des Gaius: Abhandl. der Berliner Academie 1865 S. 323—366.]

2) Von einer juristischen Schrift, deren sonstige Beschaffenheit und Verfasser unbekannt sind, nur daß sie gewiß von einem Juristen dieses Zeitraums herrührt, sind zwei, zwar nicht palimpseste, aber sonst sehr beschädigte Blätter von Niebuhr zugleich mit Gaius entdeckt worden, deren Inhalt das Recht des Fiscus betrifft (daher fragmentum de iure fisci genannt). Eine Stelle dieses Bruchstücks (§ 19) kommt fast wörtlich in L. 45 § 3 D. de iure fisci (49, 14) aus Paulus libro V sententiarum vor, nur freilich hier in einer anderen Umgebung als dort, so daß unser Fragment nicht aus demselben Werk, wenn auch vielleicht von demselben Autor zu sein scheint, der übrigens auch libros II de iure fisci als eine besondere Schrift verfaßt hat. Es ist von Göschen zugleich mit Gaius herausgegeben.[g])

3) Von mehreren Pergamentstreifen, die vor alter Zeit ein Buchbinder zur Befestigung der Blätter einer jetzt auf der kaiserlichen Hofbibliothek zu Wien befindlichen Papyrushandschrift benutzt hatte, sind fünf aus einer juristischen Handschrift geschnitten, die nach der auf einem derselben vorkommenden Columnenüberschrift: Ulp. inst. die Institutionen Ulpians enthalten hat. Vier davon sind auf beiden Seiten beschrieben, so daß einer nur eine Columne, drei, die genau an einander passen, zwei Columnen enthalten, auf dem fünften steht nur die obere Hälfte einiger Buchstaben. Eine Columne jener drei Streifen (auf beiden Seiten) handelt von Contracten, die andere von Interdicten, und dazu gehört auch der Inhalt des ersten Streifen.[h]) Der Entdecker dieser Fragmente, Stephan Endlicher zu Wien, hat sie 1835 herausgegeben.[i])

4) Volusius Maecianus assis distributio, zuerst von Sichard,[k]) dann öfters, zuletzt von Böcking[l]) herausgegeben, ist eine wenigstens auf der Grenze der Jurisprudenz liegende Rechnungsschrift, die gewiß dieser Periode angehört, und den Juristen jenes Namens zum Verfasser haben mag.[l*])

---

g) Außerdem unter andern von Böcking im Corpus iuris anteiust. bonnens. p. 161 sqq. und in Ulpiani fragmenta 1845 p. 143 sqq. [1855 p. 142—157; Paul Krüger 1868 mit Facsimile und in der Collectio II 1878 p. 162.] — Von neuem hat das Bruchstück den Sentenzen des Paulus vindicirt Lachmann Zeitschrift für gesch. Rechtswiss. XI 4, 1 (1842). Vgl. noch Böcking an dem zuletzt angef. Ort. [Huschke in der Iurisprudentia hält es für ein Stück der regulae oder opiniones des Ulpian.]

h) Die Columnen übrigens, die auf jenen drei Streifen sich gegenüberstehen, waren in der Handschrift selbst nur die in der Mitte zusammenhängenden, aber gebrochenen, und durch eingelegte, möglicherweise sehr von einander entfernte Blätter des Buchs, von dessen Seiten also jede nur aus einer Columne bestand. [Gegen Mommsen's Annahme, daß die Handschrift in zwei Columnen geschrieben sei (Zeitschr. f. gesch. R. W. XV (1847) S. 372 ff.) vgl. Krüger kritische Versuche 1870 S. 142 ff.]

i) De Ulpiani institutionum fragmento etc. Epistola ad F. C. Savigny scripsit St. Endlicher. Vindob. 1835. 8. Ein Facsimile giebt derselbe in seinem Catalogus codd. philolog. lat. bibl. palat. Vindob. 1836. tab. III. Die erste Mittheilung liegt zum Grunde der Herausgabe von Savigny: Zeitschr. für gesch. Rechtswiss. IX 1 (1836). [Wieder abgedruckt in den vermischten Schriften 1850 III. Num. 31.] Vgl. F. P. Bremer de Domitii Ulpiani institutionibus 1863 p. 79—92; Krüger kritische Versuche 1870 S. 140 ff. Collectio II p. 157 sqq. — Bruchstücke eines liber de officio proconsulis, ohne Zweifel von Ulpian, liefert das in Note e erwähnte Glossar. Die Schrift gehörte zu den Büchern, über welche in den Provincialschulen namentlich in Berytus gelesen wurde: Thalelaeus schol. Basil. 21. 3 c. 4 tom. II p. 454. Heimb. Sämmtliche Fragmente sind herausgegeben von Rudorff über den liber de officio proconsulis Abh. der Acad. 1866 p. 284 f.]

k) Hinter seiner Ausgabe des Breviariums: Cod. Theod. etc. Basil. 1528 fol.

l) Im Corpus iur. anteiust. bonn. p. 177 sqq. zugleich mit Balbus mensor de asse. [Mommsen Volusii Maeciani distributio, item vocabula ac notae partium in rebus, quae constant pondere, numero, mensura, in den Abhandl. der sächs. Ges. III 1853 p. 288—295. Hultsch Metrologici II 1866 p. 61 sqq.]

*l**) [Die unmittelbar überlieferten Werke der klassischen Jurisprudenz sind durch einige jüngst

B) Am nächsten den bisher erwähnten Ueberlieferungen steht eine Schrift, welche seit dem sechzehnten Jahrhundert, wo sie entdeckt ward, bis auf die Entdeckung des ächten Gaius das unter allen am reinsten erhaltene juristische Werk war:

5) Tituli (XXIX) ex Corpore Ulpiani. In einer Handschrift des Breviariums fand 1514 Tilius (Dutillet) dieses Werk, welches nicht zu den Bestandtheilen jenes Gesetzbuchs gehört. Diese Handschrift existirt noch jetzt in der vaticanischen Bibliothek, und man hat nie eine andere gehabt als diese.[m]) Das Werk ist nicht vollständig, theils kommen in der Mitte bedeutende Lücken vor, theils bricht es, während die Schrift Ulpian's selbst offenbar auf eine kurze Darstellung des ganzen Rechtssystems angelegt war (im Ganzen nach der Ordnung der Institutionen des Gaius, mit denen es auch in einzelnen Sätzen eine merkwürdige Uebereinstimmung, neben einer gehalteneren Ausdrucksweise zeigt), in der Lehre von der Beerbung der Freigelassenen (Tit. 29 de bonis libertorum) ab, so daß wahrscheinlich nicht einmal diese vollständig aufgenommen ist, die Lehre von den Obligationen aber und den Actionen gänzlich fehlt. Diese Unvollständigkeit ist keine zufällige, sie lag in der Absicht des Schreibers der Handschrift (der vaticanischen oder einer früheren bei dieser benutzten). Dieß geht aus der Ueberschrift, die er der Schrift vorsetzte, selbst hervor, es wird bestätigt durch das Rubrikenverzeichniß, welches auf die Ueberschrift folgt, und nur 29 Titel enthält, endlich durch das Wort explicit, das am Ende des Ganzen steht. Ein willkürliches Eingreifen in das Aeußerliche der Schrift verräth auch der Umstand, daß zwischen der Ueberschrift: Incip. tituli ex corpore Ulpiani und dem Titelverzeichniß eine Stelle über die mores steht (mores sunt tacitus consensus populi longa consuetudine inveteratus); unmittelbar auf das Titelverzeichniß folgt: I tit. de libertis.[n]) Daß dagegen der Epitomator[o]) das, was er gegeben, in seiner Reinheit gelassen hat, wie es in dem

aus Aegypten für das Berliner ägyptische Museum erworbene Stücke bereichert worden. Es befinden sich darunter Theile von 3 Blättern aus einer Pergamenthandschrift der responsa Papiniani mit responsa aus dem 5. Buch. Hinter den responsa stehen notae von Ulpian und Paulus; am Rande sind griechische Scholien beigeschrieben. Ferner gehört hierher ein zum Theil erhaltenes Pergamentblatt, auf dessen einer Seite der Text mit der Klausel de iudiciis lib. II (ergänze explicit) schließt; vermuthlich stammt dieses Blatt aus einem Kommentare des Edicts, dessen zweiter Theil den besonderen Titel de iudiciis hatte (vgl. § 139 x); die von Mommsen dagegen geltend gemachten Gründe sind nicht durchschlagend. Das letztere Fragment ist mit Photographie und Erläuterung von Mommsen in den Monatsberichten der Berliner Academie 1879 S. 501 f. veröffentlicht, ebendaselbst von Krüger zwei der Papiniansblätter; das dritte Papiniansblatt hat Krüger im Jahrgang 1880 der Monatsberichte herausgegeben.]

m) Die Identität der Handschrift des Tilius und der vaticanischen ist nachgewiesen von Savigny in Hugo's civilist. Magazin. IV 13 (1813) [wieder abgedruckt in Savigny's vermischten Schriften III Num. 22]. Daß die zwei andern Manuscripte, die im sechzehnten Jahrhundert erwähnt werden, nichts als Abschriften jener Handschrift waren, die man damals machte, ehe sie dem Druck übergeben wurde, hatte schon vorher Hugo außer Zweifel gesetzt. Neuerdings hat G. E. Heimbach (über Ulpian's Fragm. 1834) jene Identität ohne haltbare Gründe wieder in Zweifel gezogen, s. dagegen Puchta in den Erlang. Jahrb. XXV S. 47 ff. (1835), und Savigny Zeitschrift IX 6. [Vermischte Schriften III 23.]

n) Vgl. Puchta Lehrbuch für Institutionen-Vorles. (1829) p. XIX sq. Heimbach ist in der vorhin angeführten Schrift so weit gegangen, zu behaupten, die Tituli seien gar nicht bloß aus einem Werk von Ulpian genommen, vielmehr enthielten sie eine Compilation aus verschiedenen Juristen. Diese Meinung ist noch grundloser, als jene erste desselben Gelehrten über das Verhältniß der vaticanischen zur Handschrift des Tilius (Note l), er hat denn auch selbst später auf ihre Aufrechterhaltung verzichtet.

o) Tilius nannte die Titel eine ἐπιτομή eorum, quae Ulpianus erat multis libris persecutus. Dieß letztere ist allerdings ein Irrthum; auch darf man bei dem Wort Auszug nicht an einen gleichmäßig reducirenden Plan denken. Die Thätigkeit bestand weniger in einem eigentlichen

Werk Ulpian's enthalten war, ergiebt sich aus der Beschaffenheit der Darstellung selbst, die durchaus weder in der Form noch im Inhalt Spuren einer späteren Hand an sich trägt. Aus welcher Schrift Ulpian's die tituli herrühren, wird von Manchen für ungewiß gehalten, es ist aber wohl als ausgemacht zu betrachten, daß sie aus dem liber singularis regularum genommen sind. Nicht bloß stimmt eine Digestenstelle aus diesem, bis auf einige dem älteren Recht angehörige, von den Verfassern der Digesten gestrichene Ausdrücke, mit einer Stelle der tituli wörtlich überein,[p]) sondern auch die Stellen der Collatio (s. unten Num. 7) aus derselben Schrift finden sich in den Tituli wieder, mit Ausnahme einer Stelle aus der Lehre von den Obligationen, auf welche die Tituli sich nicht erstrecken.[q]) Gewöhnlich nennt man die Schrift, wie wir sie besitzen: Ulpian's Fragmente.[r])

C. Nicht selten finden wir in andern Werken einzelne Stellen aus juristischen Schriften ausgehoben und als Autoritäten für irgend einen Zweck citirt. Die Absicht der Ueberlieferung ging daher hier noch weniger auf Vollständigkeit, wie in dem zuletzt erwähnten Fall, dagegen war sie eben so wenig wie dort auf eine Beeinträchtigung der Reinheit des Mitgetheilten gerichtet, etwaige Veränderungen des Textes sind also nur als zufällige Ausnahmen zu betrachten:

6) Bei nichtjuristischen Schriftstellern kommen viele wörtliche Citate aus den Werken der Juristen vor, zu gelehrten Zwecken, die den Gedanken einer willkürlichen Veränderung der Worte fern halten, wenn auch in einigen Fällen das Citat aus dem Gedächtniß, und darum vielleicht nicht bis auf den Buchstaben getreu geschehen ist. So bei Varro, Cicero, Plinius, Gellius,[s]) Festus, Nonius Marcellus, Macrobius, deren Citate besonders dadurch Interesse haben, daß sie hauptsächlich die älteren Juristen betreffen, aus deren Schriften wir sonst wenig oder nichts besitzen. Ferner bei Boethius (Ende des 5., Anfang des 6. Jahrh.), der in dem Commentar zu Cicero's Topika einige Stellen aus den Institutionen des Gaius anführt, die wir in diesen wiederfinden, sodann eine Stelle aus Paulus institutorum l. II. titulo de dotibus;[t]) ebenso

---

Ausziehen, als in einem planlosen Ueberspringen und Weglassen. [Mommsen (de Ulpiani Regulis disputatio), in Böcking's vierter Ausgabe S. 109—120, nimmt eine planmäßige Abkürzung und Umarbeitung kurz nach Constantin an, um das Buch dem geltenden Recht anzupassen. Abweichend Huschke in der Iurisprudentia 1879 p. 548 sq.]

p) Vgl. Tit. XX 6 mit L. 17 D. de testib. (22, 5).

q) Vgl. Tit. V 6. 7 mit Coll. VI 2, und Tit. XXVI 1 mit Coll. XVI 4. Die letztere enthält einen Satz mehr, den der Abschreiber der Tituli weggelassen hat. Die Stelle aus dem Titel de iniuriis, welcher in den Tituli fehlt, steht Coll. II 2. Aus demselben Grund fehlt eine Stelle über die Actionen L. 25 D. de O. et A. (44, 7).

r) Die editio princeps ist von Tilius besorgt Paris 1549. 8. Unentbehrlich ist durch einen möglichst genauen Abdruck der Handschrift, den sie giebt, die Ausgabe von Hugo (fünfte Aufl. Berol. 1834. 8), der für den Text des Werks „so viel geleistet hat, daß alle Arbeiten der Vorgänger damit gar nicht verglichen werden können." Neben ihr ist noch zu erwähnen die von Böcking Bonn. 1845. 13 (3. Aufl.) [1855 (4. Aufl.). Ferner ist das Werk herausgegeben von Joh. Vahlen 1856, vgl. Huschke in Fleckeisen's N. Jahrb. für Phil. 75 S. 365—377, und von Huschke in der Iurisprud. Krueger Collectio II. An die Stelle von Hugo's Abdruck der Handschrift tritt jetzt Böcking's Ulpiani liber sing. regularum. Codicis Vaticani exemplum 1855. Der Ausgabe von Krüger liegt eine Nachvergleichung der schwierigeren Stellen zu Grunde.]

s) [Dirksen die Auszüge aus den Schriften der römischen Rechtsgelehrten in den noctes atticae des A. Gellius Abh. der Berl. Acad. 1831, 3. und 6. Februar.]

t) [Dirksen Auszüge aus den Schriften der römischen Rechtsgelehrten übertragen in die Werke des Boethius, Abh. d. Acad. 1851, 27. Febr., Huschke Iurispr. 1879 p. 546, Collectio II p. 160. — Aus dem noch ungedruckten Kommentare eines Theodoricus zu Cicero's de inventione hat P. Thomas in der Révue de l'instruction publique en Belgique XXI p. 30 zwei Citate veröffentlicht, welche der Kommentator den Institutionen von Paulus entnommen haben will.

bei Joannes Lydus (aus Justinian's Zeitalter), in einem Werk über die römischen Magistrate (περὶ ἀρχῶν τῆς Ῥωμαίων πολιτείας).[u]) Auf die durch solche Citate überlieferten Stellen römischer Juristen bezieht sich die schon früher erwähnte Sammlung von Dirksen,[v]) eine neue wird das bonner Corpus juris enthalten, bei der es nicht bloß auf Vervollständigung jener, sondern auch auf Beschränkung derselben ankommen wird, da Dirksen einige Stellen von Schriftstellern aufgenommen hat, die unter die Juristen nicht zu rechnen sind (§ 97 a. E.).

7) In bedeutender Anzahl giebt solche wörtliche Citate (und zwar aus Gaius' Institutionen, aus Papinian's Responsa, Definitiones, und liber singularis de adulteriis, aus Ulpian's Institutionen, liber sing. regularum, libri ad edictum, de officio proconsulis, aus Paulus Responsa, sententiae, liber sing. de adulteriis, de iniuriis, de poenis, de poenis paganorum, und aus Modestinus libri differentiarum) ein Buch, welches am Ende des vierten oder Anfang des fünften Jahrhunders (sicher vor dem theodosischen Codex) geschrieben,[w]) eine Gegenüberstellung der mosaischen und römischen Rechtsbestimmungen enthält. Der Zweck dieser Zusammenstellung selbst war wohl weder ein bloß gelehrter noch ein judicieller,[x]) sondern der, eine gewisse Uebereinstimmung beider Rechte nachzuweisen, damit zugleich ihre Verträglichkeit ins Licht zu setzen, und so für die eine Classe der Leser eine Apologie des römischen Rechts zu geben, für die andere die Benutzung des mosaischen zu empfehlen. Als Namen des Verfassers scheint Tilius, der Entdecker des Werks, in seiner Handschrift Rufinus gefunden zu haben; er dachte an den Juristen Licinius Rufinus, einen Zeitgenossen des Paulus, dessen Urheberschaft nicht bloß durch die Beschaffenheit der ganzen Schrift kaum denkbar, sondern durch den Umstand, daß darin der gregorianische und hermogenianische Codex, ja noch ein theodosisches Gesetz citirt wird, geradezu unmöglich wird. Huschke hält den Kirchenvater Rufinus

— Ein kleines Bruchstück aus Ulpianus libro ad edictum sexto sub titulo: Qui pro aliis ne postulent steht in dem Spicilegium Solesmense . . . curante L. B. Pitra. I 1852 p. 281. Ferner ein kleines Bruchstück aus Ulpianus libro XLVI ad edictum und das Wort fruiturum aus Ulpianus ad Sabinum sind von Priscian citirt.]

u) Erste Ausgabe von Fuß Paris 1812. 8. Er citirt eine Stelle aus Gaius über die decemviri legibus scribundis, und eine andere über die Quästoren aus desselben Commentar zu den Zwölf Tafeln; die letzte kommt in der oft erwähnten L. 2 D. de orig. iur. (1, 2) vor, welche die Digesten dem Pomponius (libro singulari enchiridii) zuschreiben (während die vorausgehende L. 1 desselben Titels aus jenem Werk des Gaius genommen ist). Ein Irrthum der Compilatoren der Digesten, zumal an diesem Ort ist nicht wahrscheinlich. Hat dagegen Lydus geirrt, so ist es der Wahrscheinlichkeit nach nicht so geschehen, daß er in den Digesten die beiden Stellen zu einer verbunden hätte. Daß er die Schrift des Gaius selbst benutzt hat, geht aus der Anführung jener Stelle über die Decemvirn hervor, die nicht in den Digesten steht, ist auch ohnedieß bei einem damaligen Gelehrten das Näherliegende. Nun gab Gaius in seinem Zwölftafelcommentar eine historische Einleitung, aber nach L. 1 cit. nur von Erbauung der Stadt bis zu den Zwölf Tafeln. Möglich, daß Lydus eine Handschrift des Werks, in welcher zur Ergänzung die Rechtsgeschichte des Pomponius hinzugefügt war, vor sich hatte, und daß er dadurch irgendwie verleitet wurde, sie für einen Bestandtheil jener Schrift selbst zu halten. [Darüber, daß Lydus nur aus den Justinianischen Digesta geschöpft hat, vgl. Mommsens Vorrede zu den Digesta p. XXXXII not. 3.]

v) Bruchstücke aus den Schriften der röm. Juristen 1814.

w) Vgl. Huschke über Alter und Verfasser der legum mos. et rom. coll., Zeitschrift für gesch. Rechtswiss. XIII 1 (1845).

x) [Dirksen über die Collatio in Bez. auf die Bestimmung dieser Rechtssamml. (Abh. der Berl. Acad. 1846. Jan. 19) meint, der Verf. habe aus göttlichem und menschlichem Recht ein allgemeines Rechtsbuch für das christliche Volk und die Praxis der weltlichen Gerichte zusammenstellen wollen. Den Beweis dieser Ansicht soll die Auffassung und Benutzung der Collatio durch Hincmar von Rheims liefern. Dieses Argument ist jedoch nicht bloß aus chronologischen Gründen höchst prekärer Natur. R.]

für den Verfasser.[y]) In den Handschriften führt das Werk die Aufschrift: lex dei, quam deus praecepit ad Moysen, welche Worte, wenn sie vom Verfasser herrühren, mehr wie der Anfang eines im übrigen weggelassenen Vorworts, als wie ein von dem Verfasser gewählter Titel des Buchs aussehen. Man nennt es gewöhnlich: collatio legum mosaicarum et romanarum.[z])

8) Die Sammlung der Agrimensoren, die im siebenten Jahrhundert aus Schriften sehr verschiedener Zeiten entstanden ist, enthält auch einige Stücke juristischen Inhalts, unter diesen befindet sich der Titel der justinianischen Digesten: finium regundorum, sodann eine Stelle aus Paulus sententiae, ohne Zweifel aus dem ursprünglichen Werk, nicht aus dem westgothischen Auszug (s. unten Num. 14) genommen.[aa])

9) Nur durch den Zweck, der ein rein und gerichtlich praktischer ist, sind von den eben erwähnten verschieden die wörtlichen Citate aus Paulus sententiae, welche sich in einer Begutachtung mehrerer Rechtsfragen durch einen Juristen nach Theodosius dem Jüngern finden, der jene Stellen (wie auch Constitutionen aus den drei Codices) zur Bestätigung und Begründung seiner Aussprüche anführt.[bb]) Man pflegt die Schrift nach dem Vorgang des Cujacius, der sie im Gegensatz gegen seine eigenen Gutachten so nannte, consultatio veteris iurisconsulti zu nennen.[cc]) Daß der citirende Jurist selbst die Stellen unverändert gelassen hat, ist nicht zu bezweifeln, es kann nur die Frage sein, ob er sie unmittelbar aus der Schrift des Paulus genommen hat. Dieß aber zu verneinen, ist kein Grund vorhanden, namentlich daß er sie aus dem römischen Gesetzbuch der Westgothen (dem s. g. Breviarium) citirt habe, stimmt mit dem, was die Handschriften desselben wirklich enthalten, nicht überein. Seine Quellen

---

y) [Die Bezeichnung des Verfassers durch Licinius Rufinus beruht auf einer willkürlichen Erfindung des Tilius und seiner Zeitgenossen, welche damit die Verbindung des classischen und christlichen Elements in der Collatio andeuten wollten. Sie hat daher keinen höhern Werth als der Name Philoxenus und Cyrillus, den dieselben Gelehrten den bilinguen Wörterbüchern beilegten (Note f). Dagegen findet sich bei dem nestorianischen Bischof von Nisibis, Ebedjesus, eine merkwürdige Notiz über die weltlichen und kirchlichen Rechtssammlungen, in welcher die älteste abendländische dem Bischof Ambrosius von Mailand († 397) zugeschrieben wird, weil dieser auf Befehl Valentinians I († 375) eine christliche Rechtsordnung für die rechtsprechenden Obrigkeiten entworfen habe. Alles scheint darauf hinzuweisen, daß diese Rechtsordnung die Collatio war und daß dieselbe nach der Buße Theodos I für das Blutbad zu Thessalonich (390) abgefaßt oder revidirt wurde. Vgl. Rudorff Abh. d. Berl. Acad. 1868 S. 265 f. R.]

z) Die erste Ausgabe ist von P. Pithöus Paris. 1573. 4. Die neueste und ohne Vergleich beste (mit Benutzung von neuerlich entdeckten Handschriften) ist von Blume Bonn. 1833. 8, die auch der Ausgabe in Corp. iur. antei. bonn. zum Grunde liegt. Hinzuzunehmen sind noch die Verbesserungen von Lachmann Zeitschr. f. gesch. Rechtsw. X 5 u. Huschke a. a. O. [In der Ausgabe von Huschke (Iurispr.) ist die 1838 wieder aufgefundene Handschrift des Pithou (jetzt in Berlin) benutzt.]

aa) Ius civ. anteiust. p. 1550. [Gromatici veteres ed. Lachmann (1848) p. 270. 276.] In der Ausgabe der Agrimensoren von Goesius sind noch zwei Stellen aufgenommen von Florentinus und von Callistratus (Ius civ. antei. l. c.), die keine der bekannten Handschriften hat, ob sie Goesius aus einer Handschrift der Agrimensoren gezogen, ist sehr zweifelhaft.

bb) Ueber die Veranlassung der Schrift vgl. Rudorff Zeitschr. für gesch. Rechtsw. XIII 2 (1845). Rudorff verlegt die Abfassung in die Zeit von 438 (Abschluß des Codex Theod.) bis 450 (Todesjahr von Theodosius II) wegen Consult. 7, 3, wo l. 3 C. Th. de responsis prud. (1, 4) von 426 als sacratissimorum principum scita citirt, Theodos also noch als lebend bezeichnet werde. Huschke (Iurispr. 1879 p. 814 not. 3) versucht durch eine andere Erklärung der Stelle die obigen Worte auf l. 2 (a. 327) und l. 3 eod. zugleich zu deuten und damit die Beziehung von sacratissimi principes auf die lebenden Kaiser zu beseitigen.]

cc) Zuerst aus einer jetzt verlornen Handschrift herausgegeben von Cujacius als Einleitung zu seinen Consultationen, in seinen Opp. Paris. 1577 tom. 1. Zuletzt von Puggé im Corp. jur. anteiust. bonn. [Jetzt von Huschke l. c. p. 800 sqq. der sie in das Ende des fünften Jahrhunderts setzt und für eine Responsensammlung des Schöffencollegiums von Arles erklärt. R.]

waren offenbar reichhaltiger, als jenes Gesetzbuch, dessen Abfassung er überdieß schwerlich erlebt hat.

10) Eine kleine Stelle des Pomponius über die Untheilbarkeit der Servituten, die ein französischer Jurist des sechzehnten Jahrhunderts aus einigen sehr beschädigten Pergamentblättern oder Stücken mittheilt,[dd]) ferner eine solche aus Modestinus ex lib. III regularum tit. de bonis libertorum et de testamentis, die ebenso im sechzehnten Jahrhundert in einer Handschrift gefunden worden ist,[ee]) mögen vielleicht auch unter diese Rubrik der irgendwie citirten Stellen gehören, wie auch die wenigen Worte, die in einer Handschrift des Breviariums zwischen Paul. sententiar. III 5. § 10 und 11 eingeschaltet sind.[ff]) Sie sind höchst wahrscheinlich ein Nachtrag aus den vollständigen sententiae, die dem Schreiber zur Hand waren.

D) Es folgen nun die Sammlungen von Excerpten aus juristischen Schriften, die sich von den unter C genannten Ueberlieferungen, von denen einige ihnen in der äußeren Gestalt sich nähern, eben dadurch unterscheiden, daß es bei ihnen geradezu nur auf diese Excerpirung abgesehen war:

11) Eine Handschrift der Collationes des Cassianus in der vaticanischen Bibliothek enthält 28 rescribirte Blätter, welche der Abschreiber aus einer Sammlung von Stellen juristischer Schriften und Constitutionen genommen hatte, um sie zu seiner Handschrift zu verwenden.[gg]) Diese „vaticanischen Fragmente," deren nähere Beschaffenheit als Rechtsbuch in der vierten Periode erörtert werden wird, geben eine beträchtliche Anzahl von Excerpten aus juristischen Schriften. Welche Schriften unmittelbar excerpirt sind (abgesehen also von den Sätzen vieler anderer Juristen, die von den excerpirten angeführt werden), läßt sich vollständig nicht mit Gewißheit angeben, weil die Anzeige der Verfasser öfters theils in Folge der Corruption der Handschrift unvollständig, theils vielleicht auch schon durch den Verfertiger der Sammlung, oder wenigstens den Abschreiber nicht überall genau geschehen ist. Mit Gewißheit lassen sich als excerpirt angeben: Papinian's responsa, quaestiones; Ulpian's libri ad edictum, ad Sabinum, de officio praetoris tutelaris, de officio proconsulis (wahrscheinlich auch de interdictis); Paulus libri ad edictum, ad Sabinum, sententiarum, manualium, responsorum, quaestionum, editionis secundae de iurisdictione tutelari, liber sing. de excusationibus, de excusatione tutorum, de officio praetoris tutelaris, ad municipalem, de testamentis. Angeführt werden am häufigsten Celsus, Julianus, Pomponius. Der Verfasser der

---

dd) Cramer in Hugo's civil. Mag. VI 1. Abgedruckt in Corp. iur. anteiust. bonn. p. 169. [Huschke Iurispr. p. 146, Krüger Collectio II p. 148.]

ee) Corp. iur. antei. ibid. [Huschke Iurispr. p. 626, Collectio II p. 161.] Ein anderes Fragment von Modestinus (wenn statt Orenius zu lesen ist Herennius) über die Unterschiede zwischen den Strafen der Relegation und Deportation, ist aus Isidor; Lachmann Zeitschr. für gesch. Rechtswiss. XI S. 115, Böcking in der Ausg. des Ulpian 1845 S. 148 ff. [1855 S. 180 ff. Huschke Iurispr. p. 626, Collectio II p. 161.]

... varietas scripturae, im Corp. iur. antei. bonn. p. 179. Sie lauten: Titulus orpore eo Supra: In summa tamen sciendum est, de his omnibus habendam esse estionem, qui in suspicionem quacunque ratione veniunt. [Vgl. Collectio II p. 85, 16.]

gg) Der Inhalt dieser Blätter ist zuerst herausgegeben worden von dem Entdecker A. Mai unter dem Titel: Iuris civilis anteiust. reliquiae ineditae etc. Rom. 1823. 8. Zugleich abgedruckt in Paris (1823), und in Berlin (1824. 8) mit dem Titel: . . . fragmenta vaticana (hier auch zuerst in §§ abgetheilt). Dieser Name der vaticanischen Fragmente ist ihnen seitdem geblieben. Die neueste und beste Ausgabe ist von Bethmann-Hollweg: Locorum ex iure rom. antei. ab invorto scriptore collectorum fragmenta quae dicuntur vaticana. Bonn. 1833. 8. und danach im Corpus iur. antei. bonn. Einen Commentar hat zu geben versucht v. Buchholtz:

Sammlung hat ohne Zweifel einen praktischen Zweck vor Augen gehabt, er wollte die in den Gerichten gebrauchten Quellen auf ein dem Richter bequemeres Maß reduciren, aber er läßt sich durch die offenbare Unanwendbarkeit einer Stelle nicht abhalten, sie aufzunehmen, um so weniger dürfen wir annehmen, daß er das Aufgenommene in dieser Rücksicht verändert hätte. Die Reinheit der Ueberlieferung ist daher nicht zu bezweifeln.

12) Eine sehr umfangreiche Sammlung von Excerpten aus juristischen Schriften bildet einen Theil der justinianischen Gesetzgebung, unter dem Namen der Digesta oder Pandekten. Dieses Gesetzbuch, von dem seiner sonstigen Beschaffenheit und Bedeutung nach in der vierten Periode die Rede sein wird, besteht ganz aus einer großen Anzahl (9127) größerer oder kleinerer Auszüge aus den Schriften von 39 Juristen, die oben erwähnt worden sind, und von denen nur zwei (Hermogenianus und Charisius) nicht mehr in die Zeit der classischen Jurisprudenz gehören. Bei jedem Excerpt ist in einer Inscription der Name des Juristen und des Werks angegeben, aus dem es genommen ist. Die einzelnen Juristen, wie dieß schon oben bei ihrer Aufzählung angegeben worden ist, sind freilich in einem sehr verschiedenen Grad benutzt. Die zu diesem Behuf zusammengebrachten Schriften beliefen sich auf fast 2000 libri und auf drei Millionen Zeilen, diese sind in dem Gesetzbuch auf 150000, also auf den zwanzigsten Theil reducirt,[hh]) so daß wir also in den Digesten noch immer einen beziehungsweise beträchtlichen Theil der damals noch vorhandenen juristischen Literatur besitzen. In Beziehung auf viele einzelne Juristen, von denen nur wenige Stellen aufgenommen sind, stellt sich freilich das Verhältniß des Ausgezogenen zu dem Umfang ihrer benutzten Werke weit ungünstiger, bei manchen dagegen ebendarum viel günstiger. So bilden die Stellen aus Ulpian fast den dritten Theil des ganzen Inhalts der Digesten, nach der Zahl der libri, die von ihm benutzt sind (242), würde auf ihn nur etwa der achte Theil kommen, da nun in diesem Fall seine Schriften auf ein Zwanzigstel reducirt wären, so dürfen wir annehmen, daß sie jetzt, wo der dritte Theil auf sie kommt, nur ohngefähr auf ein Siebentel reducirt sind, indem sich ein Achtel zu einem Drittel beinahe wie ein Zwanzigstel zu einem Siebentel verhält. Von manchen seiner Schriften ist offenbar viel weniger erhalten, dagegen dürfen wir bei andern, z. B. bei seinem Edictscommentar den Umfang dessen, was die Digesten davon geben, im Verhältniß zu dem ursprünglichen Umfang des Werks eben darum noch höher anschlagen, so daß uns von diesem Werk wahrscheinlich nicht so unendlich viel fehlt, als man gewöhnlich geneigt ist, vorauszusetzen.[ii])

Iur. civ. ant. vatic. fragm. recogn. commentario tum critico tum exegetico etc. instruxit 1828. 8. Vgl. Hollweg in seiner Ausg. praef. p. X. XI. [Auf einer neuen Vergleichung der Handschrift durch Detleffsen beruht folgende Ausgabe: Codicis Vaticani n. 5766, in quo insunt iuris anteiustiniani fragmenta quae dicuntur Vaticana ed. Th. Mommsen Berolini 1860, in welcher dem revidirten Text eine Nachbildung der Handschrift gegenübergestellt ist. Eine Handausgabe von Mommsen ist 1861 in Bonn erschienen; ebenso von Huschke in der Iurispr. Ueber Entstehung der Sammlung vgl. § 135 q. s.]

hh) L. 2 (const. *tanta*) § 1 C. de veteri iure enucleando (1, 17).

ii) Ein für den historischen Gebrauch der Digesten unentbehrliches Register über die einzelnen Juristen, ihre Werke und die einzelnen Stellen daraus, wie sie in dem ganzen Gesetzbuch zerstreut stehen, hat nach Andern geliefert Abr. Wieling: Iurisprudentia restituta sive index chronologicus in totum iuris iustin. corpus etc. Amstelaed. 1727. 8. p. LXII—346. Eine Ausgabe, worin die einzelnen Stellen nach den Juristen und ihren Werken, aus denen sie genommen sind, zusammengestellt sind, die also eine Ausführung jenes Registers enthält, ist C. F. Hommelii palingenesia librorum iuris veterum, sive pandectarum loca integra ad modum indicis Labitti et Wielingi oculis exposita etc. Lips. 1767 III tomi 8.

Der Inhalt der justinianischen Digesten ist durch seinen Umfang und seine Mannigfaltigkeit das Bedeutendste, was wir von der classischen juristischen Literatur haben. Dagegen zeichnet sich diese Ueberlieferung nicht eben so in Bezug auf ihre Reinheit aus. Die Digesten sollten eine Darstellung des geltenden Rechts enthalten, zwar mit den Worten der alten Juristen, aber so daß diese, wo es jener Zweck erheischte, nicht unverändert gelassen wurden.[kk]) Von dieser Befugniß oder Pflicht haben die Compilatoren durch vielfache Veränderungen und Zusätze zu den Worten der alten Juristen (Interpolationen, emblemata Triboniani, wie man sie nennt) reichlichen Gebrauch gemacht. Dieß läßt sich vielen Stellen schon von selbst anmerken, es wird denn auch durch die Vergleichung derer, die uns noch außerdem auf einem reineren Wege überliefert sind, bestätigt.[ll]) Diese Veränderungen beruhen zum Theil auf der Nothwendigkeit, die Stellen, wo das Recht sich geändert hatte, mit dem geltenden in Einklang zu setzen, und namentlich auch die Erwähnung antiquirter Rechtsinstitute zu beseitigen,[mm]) zum Theil sind sie, um Controversen zwischen den Juristen selbst auszugleichen, vorgenommen,[nn]) es fehlt aber auch nicht an solchen, die als ganz willkürlich erscheinen, und wo insonderheit nur die Ausdrucksweise ohne Grund mit einer andern, und nicht einer besseren, vertauscht worden ist.[oo]) Der Geist der römischen Juristen ist etwas so unverwüstliches, daß er auch bei dem Durchgang durch dieses unreinere Medium im Ganzen noch seine Kraft behalten hat; nur freilich bei der Betrachtung des Einzelnen wird

---

kk) L. 1 const. *deo auctore* § 7 C. de vet. iure enucl. (1, 17): Sed et hoc studiosum vobis esse volumus, ut si quid in veteribus non bene positum libris inveniatis, vel aliquod superfluum, vel minus perfectum, supervacua longitudine semota, et quod imperfectum est, repleatis, et omne opus moderatum et quam pulcherrimum ostendatis; hoc etiam nihilo minus observando, ut si aliquid in veteribus legibus vel constitutionibus, quas antiqui in suis libris imposuerunt, non recte scriptum inveniatis, et hoc reformetis, et ordini moderato tradatis, *ut hoc videatur esse verum et optimum et quasi ab initio scriptum, quod a vobis electum et ibi positum fuerit*, et nemo ex comparatione veteris voluminis quasi vitiosam scripturam arguere audeat.

ll) Um ein Beispiel anzuführen: aus Papinian's Responsa steht in den vatican. Fragm. (§ 12) folgendes: Ante pretium solutum dominii quaestione mota pretium emtor restituere non cogetur, tametsi maximi fideiussores evictionis offerantur, cum ignorans possidere coeperit. nam usucapio frustra complebitur anticipata lite, nec oportet evictionis securitatem praestari, cum in ipso contractus limine dominii periculum immineat. Dieselbe Stelle ist in L. 18 § 1 D. de peric. et. comm. (18, 6) so umgestaltet: Ante — emtor solvere non cogetur, *nisi fideiussores idonei a venditore eius evictionis offerantur*. [Die Stelle der vaticanischen Fragmente § 283: si stipendiariorum proprietatem dono dedisti, ita ut post mortem eius, qui accepit, ad te rediret, donatio irrita est, cum ad tempus proprietas transferri nequiverit lautet in L. 2 C. de don. q. sub modo (8, 54): si rerum tuarum proprietatem dono dedisti — donatio valet: cum etiam ad tempus certum vel incertum ea fieri potest, lege scilicet, quae ei imposita est, conservanda. R.] In folgender Stelle aus Paulus sententiae (L. 46 § 1 D. de neg. gest. 3, 5) läßt sich die Interpolation der cursiven Worte auch ohne Vergleichung erkennen: nec refert directa quis an utili actione agat vel conveniatur, *quia in extraordinariis iudiciis, ubi conceptio formularum non observatur, haec subtilitas supervacua est, maxime cum* utraque actio eiusdem potestatis est eundemque habet effectum.

mm) Z. B. Vatic. (§ 89): . . . si fugitivus . . . stipuletur aliquid, vel mancipium accipiat — Digesta (L. 12 § 3 de ususfr. 7, 1): — vel *per traditionem* accipiat.

nn) Ein Beispiel giebt L. 28 de reb. auct. iud. poss. (42, 6), vgl. L. 42 pr. de adquir. hered. (29, 2).

oo) Z. B. Vatic. (§ 89): . . . si fugitivus, in quo ususfructus meus est, stipuletur aliquid . . . . . nam qua ratione, inquit, retinetur a proprietatis domino possessio, etiamsi in fuga servus sit, pari ratione etiam ususfructus non amittitur — Digesta: . . . in quo *meus* ususfr. est, stip. aliquid *ex re mea* . . . . retinetur a *proprietario* possessio . . . ususfructus *retinetur*.

es stets gerathen sein, die Möglichkeit einer Interpolation nicht zu vergessen. Wie man übrigens hierin nicht selten unkritisch gehandelt hat, so ist es auf der andern Seite auch wohl geschehen, daß man mit der Annahme von Interpolationen zu voreilig war, und unter dem Schein der Kritik in eine eben so starke Unkritik, wie dort, gefallen ist.

E) Diese Digesten Justinian's bilden den Uebergang zu den Bearbeitungen juristischer Schriften, der letzten Art der Ueberlieferung. Eine Bearbeitung läßt sich mit mehr oder weniger Einfluß auf die Reinheit des Gegenstandes denken, und diejenigen, die hier zu erwähnen sind, haben auch wirklich in dieser Hinsicht einen sehr verschiedenen Charakter, zuweilen hat die Veränderung, welche die Schrift dadurch erlitten, sich auf die äußere Form beschränkt, andere Male hat sie sich auf den Inhalt erstreckt, in beiden Fällen kommt sie in verschiedenem Grade vor.

13) Am Anfang des dritten Jahrhunderts verfaßte ein Lehrer der lateinischen und griechischen Sprache, Dositheus magister, ein Schulbuch unter dem Titel ἑρμηνεύματα oder interpretamenta in drei Büchern, wovon die beiden ersten eine Grammatik und Glossarien enthalten, das dritte aber eine Sammlung von Aufgaben zum Uebersetzen aus dem Lateinischen ins Griechische und umgekehrt. Die Aufgaben bestehen größtentheils aus Excerpten anderer Schriften.[pp]) Unter ihnen kommt ein Auszug aus einer juristischen Schrift vor, von der Eintheilung des Rechts in ius civile, naturale und gentium, dann von der Eintheilung der Personen in Freigeborene und Freigelassene, und von der Freilassung handelnd. Die Handschriften enthalten davon einen griechischen Text, und einen höchst fehlerhaften, zum Theil sinnlosen lateinischen.[qq]) Von dem griechischen ist es nicht zu bezweifeln, daß er eine, und zwar wohl von Dositheus selbst gemachte Uebersetzung aus einer lateinischen Schrift ist, den lateinischen dagegen hat man wegen seiner Fehlerhaftigkeit für eine Rückübersetzung aus dem Griechischen entweder von Dositheus selbst (wobei man mehrere sehr unwahrscheinliche Voraussetzungen zu machen hatte), oder von Schülern des Dositheus gehalten. Das Problem ist von Lachmann auf eine vollkommen befriedigende Weise gelöst worden. Dositheus setzte in sein Werk den ursprünglichen lateinischen Text und seine griechische Uebersetzung, beides zum Behuf der Vergleichung und Uebung für die Schüler, die sich beide Texte durch Auswendiglernen und Niederschreiben einprägen sollten. Durch diese Behandlung und unter Mitwirkung späterer Lehrer, also durch eine halb absichtliche halb zufällige, die lateinischen Worte den griechischen möglichst anschließende Bearbeitung hat der ursprünglich reine lateinische Text die Gestalt erhalten, die er in den Handschriften trägt. Lachmann, der zuerst die wahre Aufgabe der Kritik für das dositheanische Fragment festgestellt hat, nämlich aus dieser corrupten Gestalt den ursprünglichen Text zu restituiren, hat sie auch, im Ganzen mit Glück, zu lösen versucht.[rr]) Aus welcher Schrift das Fragment genommen ist,

---

pp) Eine vollständige Ausgabe dieses dritten Buchs hat Böcking besorgt Bonn 1832. 8.

qq) Der lateinische Text zuerst herausgegeben von P. Pithöus hinter seiner Ausgabe der Collatio Paris 1573, der griechische und lateinische von Röver: fragm. veteris ICti de iuris speciebus et de manumissionibus L. B. 1739. 8, dann von F. A. Schilling: diss. crit. de fragmento iuris rom. dositheano. Lips. 1819. 8. Nach der Note pp angeführten Ausgabe von Böcking im Corp. iur antei. bonn. [Den lateinischen Text zugleich mit Lachmann's Restitution giebt Böcking in Ulpiani Fragm. 1855 p. 158 sqq., den lateinischen Text nach eigner Restitution Huschke Iurispr. 1879 p. 424 sqq., den lateinischen Text allein Krueger Collectio II p. 149 sqq.]

rr) (Lachmann) Versuch über Dositheus. Berlin, gedruckt im Juni 1837. 4.

läßt sich mit Gewißheit nicht entscheiden, daß es eine Compilation aus mehreren Juristen sei, wie Schilling geglaubt hat, ist nicht wahrscheinlich, da alles, was Dositheus giebt, in einem Werk stehen konnte, und auch gewöhnlich in Werken von der Beschaffenheit des von ihm benutzten stand. Dositheus selbst nennt das Werk regulae (§ 5 bei Lachmann), so hat am meisten für sich die Ansicht Lachmann's, daß das Fragment aus Pauli regularum libri VII genommen sei.[ss])

14) Iulii Pauli sententiarum (receptarum) ad filium libri V, wie dieses Werk in dem römischen Gesetzbuch der Westgothen (dem s. g. Breviarium) enthalten ist. Der Name *receptae* sententiae für diese auch in andern Sammlungen vielfach excerpirte Schrift kommt nur in Handschriften des Breviariums und auch hier durchaus nicht in allen vor.[tt]) Man hat mancherlei Vermuthungen über die Entstehung dieses Zusatzes aufgestellt. Mir scheint, daß er erst durch die Aufnahme der Schrift in das Breviarium veranlaßt worden ist, so daß man den Paulus, wie er in dem Gesetzbuch recipirt war, dadurch von dem ursprünglichen (dessen Gebrauch in den Gerichten verboten wurde) unterschied, und so auch der Beisatz in die Handschriften kam. Die Schrift ist in fünf Bücher abgetheilt, jedes Buch wieder in Titel mit Rubriken, und diese Einrichtung hat sie schon in ihrer ursprünglichen Gestalt gehabt, also nicht erst durch die Verfertiger des Breviariums erhalten. Die Ordnung der Schrift ist die der Edictscommentarien, sie war bestimmt, einen kürzeren, compendiarischen Inbegriff der in jenen ausführlicheren Büchern erörterten Rechtssätze zu geben,[uu]) sonach gehörte sie schon an sich nicht zu den wissenschaftlich bedeutenderen Werken. Was nun die Einwirkung der Verfasser des Gesetzbuchs auf sie anlangt, so ist so viel außer Zweifel, daß sie (oder der von ihnen, welchem dieses Stück desselben zur Zubereitung zugefallen war) sehr vieles daraus wegließen, nicht bloß einzelne Stellen, sondern ganze Titel, wie dieß aus unzähligen Stellen des Werks, die uns auf anderem Wege überliefert sind, hervorgeht.[vv]) Damit würde sich eine vollkommene Reinheit des Aufgenommenen wohl vertragen, eine Beeinträchtigung derselben aber enthält es schon, wenn sich die Weglassung nicht auf Titel und ganze Stellen beschränkt, sondern auf das Innere der Stellen selbst

---

ss) [Dirksen denkt an Gaius res quotidianae, Voigt (Ius naturale I S. 628 ff.) an Pomponius, Huschke an Cervidius Scaevola.]

tt) Auf das Citat in der Consultatio 6, idem eod. lib. sent. receptarum eodem tit. etc. kann bei einer Schrift, bei welcher die handschriftliche Beglaubigung einzelner Worte, namentlich in solchen Nebenpunkten, völlig ungewiß ist, kein Gewicht gelegt werden.

uu) Vgl. III 5 § 12 mit L. 6 D. de S. C. silan. (29, 5) aus Paulus lib. XLVI ad edictum. [Der Verfasser übersieht, daß die Edictscommentarien wie gewöhnlich mit den prätorischen Stipulationen schließen, während die Sentenzen nach dem Schluß des ius honorarium noch einen Rechtsbestandtheil enthalten, der schon in den Digesten der römischen Juristen z. B. Julians Buch 59—90, demnächst aber auch in den Pandecten und Constitutionensammlungen an das Edict angeschlossen ist und die noch brauchbaren leges, so wie das ius extraordinarium (L. 10 D. de V. S. 50, 16 L. 7 D. de lege Corn. de fals. 48, 16), d. h. das neue Recht der Leges-Constitutionen und spätern Jurisprudenz, der Papinianusmasse, enthält. Er umfaßt die Schenkung, das Recht des Fiscus, das Strafrecht, die Appellation und Städteordnung. Paul. 5, 11—37. Cod. Greg. 13. 14. Theod. VI—XVI Dig. 47—50. Cod VII 47 ff. Die receptae sententiae waren daher ein Hülfsbuch, welches in der vierten Periode, wegen Besorgniß der Praxis, daß ihr durch L. 1 C. Th. de resp. prud. 1, 4 diese Grundlage des Rechts genommen sei, wiederholt bestätigt werden mußte L. 2. 3 C. Th. eod., weshalb sie auch gewiß nicht, wie Note ss behauptet wird, erst von den Westgothen receptae genannt worden sind. Vgl. Huschke Iurispr. 1879 p. 435 sqq. R.]

vv) Daß das Gesetzbuch nur einen Auszug enthalten sollte, sagt es selbst in der interpretatio zu dem Tit. C. Th. de respons. prud. und in dem Uebergang von Gaius zu Paulus Schulting. iurispr. antei. p. 186. [Hänel Lex Romana Visig. p. 338 not. a.]

erstreckt hat, so daß nicht einmal die unter einander zusammenhängenden Sätze des Schriftstellers vollständig gelassen worden sind. Und daß der Epitomator so weit gegangen ist, läßt sich nicht bezweifeln.[ww]) Auf eigentliche Abänderungen des Textes mag es nicht abgesehen gewesen sein, wiewohl sich das gegenüber dem Verfahren mit Gaius, wovon nachher die Rede sein wird, nicht mit Gewißheit sagen läßt; auf jeden Fall waren die Veränderungen, zu denen der Bearbeiter des Paulus sich bewogen fand, gering; ganz derselben enthalten hat er sich nicht.[xx]) Die sententiae sind sehr oft herausgegeben worden, theils für sich, theils mit anderen Quellen; die erste Ausgabe ist zu Paris 1525 (in Quart) erschienen, in den späteren wurden sie sehr vermehrt, theils durch solche Stellen, die der westgothischen Bearbeitung wirklich angehören, und die aus vollständigeren Handschriften des Breviariums entnommen wurden,[yy]) theils aber auch durch Stellen, die auf anderem Wege überliefert sind (der Collatio, Consultatio, der Digesten ꝛc.).[zz])

15) Das römisch-westgothische Gesetzbuch hatte, wenigstens nach einem anfänglichen Plan, auch eine Bearbeitung der Responsa des Paulus und Papinian's enthalten sollen,[aaa]) in keiner der vielen Handschriften desselben aber findet sich etwas davon, mit Ausnahme einer unbedeutenden Stelle aus Papinian's libro I responsorum sub titulo de pactis inter virum et uxorem.[bbb])

16) Von den Institutionen des Gaius haben wir zwei Bearbeitungen. Die eine davon ist unter dem Namen Iustiniani institutiones ein Theil der justinianischen Gesetzgebung, nicht ohne Einsicht gemacht, häufig wörtlich wiederholend, doch auch mit nicht wenigen Veränderungen, vielen Zusätzen und sehr bedeutenden Weglassungen. Die andere ist in dem römisch-westgothischen Gesetzbuch enthalten: Gaii institutionum libri II, (das erste Buch in 9, das zweite

---

ww) Vgl. z. B. den Auszug der Collatio XVI 3 mit dem Paulus des Breviariums IV 8.

xx) IV 8 § 22 z. B. ist das *cognatos* admittit statt agnatos (Coll. XVI 3) wohl dem Bearbeiter zur Last zu legen, vgl. die Interpretatio zu dieser Stelle. [Aber auch die Handschriften der Collatio haben cognatos.] — Dagegen gehört nicht dahin IV 8 § 21 (legitimi heredes iure civili intra centesimum diem nisi adierint hereditatem, ad proximos eadem successio transfertur); diese Stelle haben sechs Handschriften (Hänel varietas script.) in einem Anhang neben einigen andern Stellen aus den sententiae. Sie kann ihrem Inhalt nach unmöglich von Paulus herrühren, aber sie kommt wahrscheinlich auch nicht von den Verfassern des Breviariums, obwohl der Autor derselben ihr durch den Beisatz Interpretatione non eget den Schein einer Stelle des Breviariums gegeben, und dadurch die Aufnahme in die angehängte Nachlese jener Handschrift veranlaßt hat. Dieß wird noch näher gelegt durch den Umstand, daß die Worte iure civili in keiner Handschrift stehen, sondern statt ihrer in fünf HSS. iure gallico (oder callico), in einer: iure colliquo, wonach man auf eine ursprüngliche Lesart: iure *gotthico* rathen möchte. Auf jeden Fall wird die Stelle aus dem Text künftiger Ausgaben der sententiae wegzulassen sein. [Vgl. Collectio II p. 101 Note zu Zeile 26. — Dagegen Huschke ad h. l.]

yy) In dieser Beziehung sind von Bedeutung die Ausgaben von Cujacius Paris 1558 4. Lugd. 1566 fol. (mit dem Codex. theod. etc.), Paris 1586 fol. (eben so), Genev. 1586 fol.

zz) Die neueste Ausgabe ist von Arndts für das Corp. iur. antei. bonn. besorgt (besonders erschienen Bonn 1833. 12). Die nicht zum Breviarium gehörigen Stellen sind durch besondere Schrift passend ausgezeichnet. Eine sehr reichhaltige Variantensammlung hat Hänel aus seinen Collationen vieler Handschriften hinzugefügt: Varietas scripturae ex Paulli a Visigotthis epitomati codicibus Bonn 1834. 12, und im Corp. iur. antei. bonn. [Die Vergleichungen von Hänel entbehren nicht nur der kritischen Sichtung des Materials, sondern sind auch wegen Unvollständigkeit der Varianten unbrauchbar. Die maßgebenden Handschriften sind von Krüger noch einmal verglichen und daraus ist der Text in Collectio II hergestellt.]

aaa) Die Interpretatio zur L. 2 C. Th. de dotib. (13, 13) verweist auf die Responsa des Paulus sub titulo de re uxoria. [Vgl. § 137 d.]

bbb) Schulting iurispr. antei. p. 810. Corp. iur. antei. bonn. p. 39. [Huschke Iurispr. 1879 p. 433, Collectio II p. 157.]

in 11 Titeln), worin nicht bloß der ganze Inhalt des vierten Buchs der Institutionen, und auch von dem übrigen sehr vieles weggelassen ist (so daß dieser Auszug kaum den sechsten Theil des Umfanges von dem ächten Gaius erreicht), sondern der Bearbeiter auch das von ihm Wiedergegebene vielfach verändert und verdorben, ja zum Theil bis zur Unkenntlichkeit entstellt hat.[ccc])

17) Das römische Gesetzbuch, welches bei den Burgundern verfaßt wurde (der Papian), ist zum größten Theil aus römischen Rechtsquellen bearbeitet; dabei sind auch juristische Schriften, namentlich Gaius Institutionen und Paulus sententiae benutzt, auf welche der Verfasser mehrfach hinweist. Es kam ihm aber durchaus nicht darauf an, die Worte dieser seiner Quellen selbst mit größerer oder geringerer Genauigkeit wiederzugeben, so daß wir mit dieser Bearbeitung an der Grenze der äußerlich nur eben noch erkennbaren Ueberlieferung juristischer Schriften angelangt sind.[ddd])

Die besonderen Rechtsquellen.

CV. Wir führen das Recht auf eine dreifache Quelle zurück: auf die Volksüberzeugung, wie sie sich in den Gliedern der Nation unmittelbar kund giebt, auf die Gesetzgebung, auf die Wissenschaft. Die Thätigkeit dieser Factoren des Rechts ist keine isolirte, keiner entzieht sich dem Einfluß der übrigen, wohl aber wird der vorwiegende Einfluß des einen oder andern dem Recht einer gewissen Periode seinen unterscheidenden Charakter verleihen. Es ist schon oben bemerkt worden, daß, während das frühere Recht vorzugsweise unter der dasselbe durchdringenden Macht des unmittelbaren Volksbewußtseins stand, in dieser dritten Periode die Reihe an die Wissenschaft gekommen war, an diese geborene Herrscherin, die in ihrem Gebiete entweder die Regierung führt oder untergeht. Diese Bedeutung sollte denn auch in der Stellung und dem Umfang abgebildet werden, die der Betrachtung der römischen Jurisprudenz in den vorhergehenden Abschnitten eingeräumt worden sind.

Aber jene Elemente der Rechtsbildung nehmen verschiedene Formen an, in denen sie wirksam werden, und ans Licht treten. Diese Formen können wir die besonderen, oder auch die äußeren Rechtsquellen nennen; sie sind es zugleich, an welche der das Recht Anwendende zunächst sich gewiesen sieht, um das Recht zu erkennen. Nach diesen Formen theilen die römischen Juristen das Recht in ius scriptum und non scriptum. Das letztere, das ius quod sine scripto venit, enthält theils das aus inneren Gründen abzuleitende Recht, theils das, welches sich in der Uebung zu erkennen giebt. Auf diese (die gleichmäßig wiederholte Uebung eines Satzes, das Herkommen, die consuetudo) weisen auch die römischen Juristen vielfach als auf ein Erkenntnißmittel des Rechts hin, indem sie darin den stillschweigenden Ausdruck einer gemeinsamen Rechtsüberzeugung erkennen.[a]) Als Formen des geschriebenen Rechts zählen sie auf A) die Gesetze, in den verschiedenen Formen, die jetzt dafür bestanden;

---

ccc) Oft herausgegeben mit den übrigen Stücken des Breviariums, im Corp. iur. antei. bonn. pag. 9* sqq. (von Böcking) [und in Hänel's lex romana Visigothorum 1849]. Wo in unserer Literatur vor Entdeckung des ächten Gaius die Institutionen des Gaius citirt werden, sind jene gemeint. Jetzt sind sie von den ächten durch die Bezeichnung: epitome Gaii oder westgothischer Gaius zu unterscheiden. [Ueber den Ursprung dieser epitome vgl. Dernburg die Institutionen des Gaius 1869 S. 118 ff. Fitting in der Zeitschr. f. R. G. XI S. 325 ff.]

ddd) Vgl. über dieses Gesetzbuch § 137. [Hierher gehört auch das syrisch-römische Rechtsbuch vgl. § 129 b].

a) L. 32—39 D. de legib., S. que Ctis, et longa consuetudine (1, 3). Vgl. Puchta das Gewohnheitsrecht I S. 56—112

es sind (denn auch hier wiederholt sich die Zweitheiligkeit des gesammten Staatswesens, § 88) die republikanischen Formen: der Volksschlüsse, leges (leges im engeren Sinn und plebiscita), und der senatus consulta, sodann die neuen Formen: der constitutiones principum; B) die Edicte der Magistrate; C) die responsa et sententiae prudentium.[b])

An der Spitze dieser Formen steht vermöge der fortdauernden obersten Staatsgewalt des Populus noch immer der Volksschluß, nach dessen Kraft die der übrigen bemessen wird; das Senatusconsultum ist vermöge der schon in der vorigen Periode von einer Partei behaupteten, nun aber in unbestrittene Realität übergehenden Stellung des Senats an seine Seite getreten; die Kraft der Verordnungen des Princeps wird von der gesetzgebenden Gewalt des Populus abgeleitet; diese ganze erste Classe (A) hat legis vicem, was durch diese Gesetze festgesetzt wird, hat keine geringere Wirkung als eine Lex, und dieß gilt sowohl von der positiven, als von der negativen Wirkung, die sich in der Aufhebung eines früheren Rechtssatzes zeigt.[c]) Anders ist es mit der zweiten Classe (B), die edicta magistratuum haben nicht legis vicem, sie haben weder die positive noch die negative Kraft der Gesetze, ihre Kraft ist von dem begrenzten Umfang der magistratischen Gewalt abhängig (§ 82). Bei der dritten Classe (C) handelt es sich um die negative Wirkung gar nicht, es wird erwartet, daß eine Aufhebung von Gesetzen auf eigene Autorität hin hier gar nicht vorkommt, was aber die positive Wirkung anlangt, so haben diese Rechtsorgane das Eigenthümliche, wodurch sie sich von den beiden andern Classen unterscheiden, daß ihre Aussprüche unter Umständen legis vicem haben, zuweilen aber gar keine Kraft, nicht einmal die geringere der zweiten Classe.

Diese Formen des geschriebenen Rechts sollen nun einzeln in ihrer Beschaffenheit und Wirksamkeit betrachtet, und zugleich die Ueberbleibsel, die uns von ihnen zugekommen sind, erwähnt werden.

Leges et senatusconsulta.

CVI. Die höchste Gewalt des Volks wurde in der Gesetzgebung nicht bloß theoretisch anerkannt, sondern unter August und seinen Nachfolgern noch immer bethätigt durch viele Leges, welche diese Principes in der herkömmlichen Weise durch die Volksversammlungen beschließen ließen, und die mit den aus den früheren Zeiten bestehenden zwar nicht den umfassendsten, aber doch einen nicht unbeträchtlichen, und durch seine Autorität ansehnlichen Theil des geschriebenen Rechts bildeten. Die Möglichkeit dieser Gesetzgebung durch das Volk wurde während dieser ganzen Periode nicht beseitigt, wie denn auch Gaius davon als von einer noch immer potentiell wenigstens bestehenden Sache spricht, indem er die lex als das beschreibt: quod populus *iubet* atque constituit (was die Institutionen Justinian's in ein constituebat verändern). Aber seltner wurde der Gebrauch dieser Form schon in der zweiten Hälfte des ersten Jahrhunderts, nach Nerva[a]) kommt kein Beispiel einer Lex mehr vor.[b])

---

b) Gaius I 2—7. Papinian. L. 7 D. de iust. et iure (1, 1).

c) Eben so wird die Kraft des Gewohnheitsrechts bestimmt (Iulian. L. 32 § 1 D. de leg.): inveterata consuetudo *pro lege* non immerito custoditur (so viel als: legis vicem habet). Der Jurist schließt: quare rectissime etiam illud receptum est, ut leges non solum *suffragio* populi (in den Digesten: legislatoris) sed etiam *tacito consensu* omnium per desuetudinem abrogentur.

a) Eine lex agraria von diesem wird erwähnt in L. 3 § 1 D. de term. moto (47, 21).

b) Man hat behauptet, noch aus Trajan's Zeit werde eine Lex erwähnt. Dieß gründet sich

Das Eingehen der Volksgesetzgebung hängt mit der allmählichen Concentrirung des republikanischen Verfassungselements in dem Senat zusammen. Wenn Pomponius die Bedeutung der Senatusconsulta daraus erklärt, daß es später unbequem geworden wäre, die übermäßig angewachsene Masse des Volks zu versammeln, und daß darum die Gewalt an das engere Gremium des Senats gekommen sei,[c]) so ist dieß freilich für die ältere Zeit, die er dabei im Auge hat, eine sehr oberflächlich modernisirte Geschichte, aber er giebt damit ein treues Bild der politischen Ansicht seiner Zeit, durch die man die damalige Stellung des Senats begründete. Unter den ersten Principes kommt noch sehr häufig die Theilnahme des Senats an der Gesetzgebung in der alten Form eines Vorbeschlusses für eine Rogation an das Volk vor, ja es mögen wohl alle damaligen Leges auf diese Weise vorbereitet worden sein. Schon unter August blieb man indessen zuweilen bei dem Senatusconsultum stehen, und dieß wurde unter seinen Nachfolgern immer häufiger, bis endlich die Rogation an das Volk ganz unterblieb, und die Senatusconsulta völlig an die Stelle der Leges traten, deren Name sogar auf sie übergetragen wurde.[d])

---

auf die in einem Rescript Diocletian's (L. 3 C. de servis reipubl. manum. 7, 9) erwähnte lex vectibulici, cuius potestatem senatusconsulto Iuventio Celso iterum et Neratio Marcello consulibus facto ad provincias porrectam constitit. Daraus geht mit Sicherheit hervor, daß die Lex, die mit jenem corrumpirten Namen bezeichnet ist, vor dem im zwölften Regierungsjahr Hadrian's (129) erlassenen Senatsbeschluß gegeben war; alles weitere ist gänzlich ungewiß. Dahin gehört, daß Pancirolus die Lex einem Vectius Bulicus zuschreibt, und diesen zum Consul unter Trajan (111) macht, während Rotgersius Vettii Publici liest, und auf zwei consules suffecti unter Nerva: C. Publicius Certus und Vettius Proculus verweist. [Jetzt läßt sich mit Bestimmtheit behaupten, daß, abgesehen von dem Scheinleben unter Claudius, die alte Comitialgesetzgebung als Regel seit Tiberius wegfiel. Ausnahmen machen nur 1) die lex de imperio, wahrscheinlich ein Senatsbeschluß mit Bestätigung durch die Curien, 2) die mittelbaren Gesetze, d. h. die Verleihungen (leges datae) des Bürgerrechts und der Gemeinde- oder Provincialordnungen durch einen Imperator, der dazu durch eine lex rogata autorisirt war. Dahin gehören die Bürgerrechtsverleihungen des C. Marius nach der lex apuleia, des Pompeius nach der lex gellia cornelia Cic. pro Balb. 8, 19 und 14, 32, und die tabulae missionum unter den Kaisern; ferner die Gemeindeordnungen und Provincialregulative des Aemilius Paulus für Macedonien Liv. 45, 30, 32., die lex pompeia für Bithynien und Pontus, die sogenannte lex rupilia für Sicilien, die leges datae für die municipia fundana in Sicilien lex iul. mun. Zeile 159, die leges municipiorum und agrorum Hygin. 118, 9 (Lachm.) L. 2 pr. D. de aqua pluv. (39, 3), die lex agraria Caligulae und Nervae (Note a), endlich die Verleihungen der Latinität und Civität an Gemeinden. Der Grund dieser Ausnahmen scheint folgender. Theils waren diese Verleihungen Gemeindesache der römischen Gemeinde, theils wollte man sie gegen die mögliche Rescission der Acte des Verleihers sichern. Daher die Bronzetafeln der missio honesta, den Provincial- und Stadtrechten L. 8 D. ad l. iul. pec. 48, 13 und die formelle Auszeichnung der sanctio pragmatica bis in die späteste Zeit. Mommsen Stadtr. von Salpensa S. 391 ff. — Die oben erwähnte lex vectibulici ist vielleicht nichts als eine lex vectigalis publici über die Vicesima bei Freilassungen in der römischen Gemeinde, verwandt der lex vacuaria und censoria im fr. de iure fisci § 5. 18. R. — Vgl. Mommsen zu L. 3 cit. in Krüger's Ausgabe.]

c) L. 2 § 9 D. de orig. iur. (1, 2).

d) So nimmt Gaius keinen Anstand, ein S. C. claudianum, nachdem er anfangs genauer von lex vel quod legis vicem obtinet gesprochen hatte, nachher geradezu eine lex zu nennen Gaius I 83—86. (Es ist derselbe Uebergang in der Sprache, wie bei dem Plebiscit, das genau gesprochen lex plebeivescitum hieß, aber bald auch lex schlechtweg genannt wurde. Uebrigens wurde es bald auch ganz gewöhnlich, die Senatssitzungen comitia zu nennen Capitol. Marc. 10). Auch wo eine Lex darauf gefolgt war, nannte man nicht selten bloß das Senatusconsultum, zu dem sich die es bestätigende Lex mehr und mehr wie eine bloße hinzukommende Formalität verhielt (wie z. B. bei der lex de imperio, § 87 Note q). Nicht so aber ist zu erklären Gai. II, 276, wo eine Bestimmung der Lex Aelia Sentia (Gai. I 18) mit den Worten: cum sc. (nach Blume's Versicherung) prohibitum sit, erwähnt wird; entweder ist hier ein nachträglich jenes Gesetz ergänzendes Senatusconsultum gemeint, wie sie bei Leges dieser Zeit häufig vorkommen, oder die Buchstaben sind nicht richtig gelesen (was bei dem Zustand der Handschrift nahe genug liegt) und sind viel-

Diese vollständige Gleichstellung derselben mit den Leges drückt sich darin aus, daß man die Senatusconsulta nun auch von dem Urheber, der sie in Vorschlag gebracht hat, benannte, wie dieß bei den Leges von Alters her üblich war. Dieß ist schon bei einem Senatusconsultum unter August der Fall, wenn das S. C. silanianum wirklich seiner Zeit angehört, bei seinen Nachfolgern wird es sehr häufig. Doch blieb daneben noch immer für viele dieser Gesetze der alte Gebrauch, sie ohne einen Namen, und nur etwa mit Hinzufügung des Datums (der Consuln) anzuführen, so daß man nicht willkürlich einen Namen als von den Römern gebraucht annehmen darf, auch wenn die vorschlagenden Personen bekannt sind,[e] und der Name war bei ihnen so wenig solenn, daß sogar ein Fall vorkommt, wo er von einem Uebelthäter, dessen Verbrechen die nächste Veranlassung zu dem Gesetz gewesen war, hergenommen wurde, ein Fall, der bei Leges undenkbar gewesen wäre.[f] Die meisten der das Civilrecht betreffenden Senatsgesetze fallen in die Zeiten von Claudius bis Septimius Severus, nach diesem Princeps kommt kein solches mehr vor. Es versteht sich übrigens von selbst, daß der Senat bei der Gesetzgebung so wenig als bei seinen übrigen Functionen von dem Willen des Princeps unabhängig gedacht werden darf, die Senatusconsulta sind Gesetze, welche die Principes in dieser Form zu geben sich veranlaßt sehen. Der Anstoß geht von dem Princeps aus, der seinen Willen dem Senat in verschiedenen Formen kund giebt; die solennste dieser Formen ist die der oratio principis, die aber nicht voraussetzte, daß er selbst im Senat erschien, sie konnte auch von einem Andern abgelesen werden.[g] Auf diesen Vortrag folgt dann erst der Antrag der Consuln, oder des sonstigen Magistrats, welcher den Senat hielt.

Wenn wir den Einfluß dieser Gesetzgebung durch Leges und Senatusconsulta näher betrachten, so zeigt sich, daß derselbe keineswegs gering war. Zugleich tritt uns darin die Richtung vor Augen, auf dem Weg eingreifender Gesetze den mannigfaltigsten Uebeln entgegenzuwirken, die sich in den damaligen Zuständen bis auf die Fundamente des bürgerlichen Wesens offenbarten. Diese Richtung, in welche ungeduldigthätige Regenten und Staatsmänner der gute, aber übelberathene Wille führt, andere die Neigung und das Interesse, von den eigentlichen Quellen des Uebels und den wahren Heilmitteln ihre Augen und die Blicke der Uebrigen abzuwenden, sie ist es, welche den tiefer blickenden Tacitus die vergeblich warnende Klage: corruptissima re publica plurimae leges ausstoßen, und auf die Zeiten hinweisen läßt, wo die Sitte mehr wirkte als belohnende und strafende Gesetze.[h]

---

mehr: le (lege) welches letztere ich anzunehmen geneigt bin; das erstere glaubt Lachmann in der Ausg. von 1842. [Die Lesung sc. ist nach Studemund sicher.]

e) Wie dieß z. B. bei dem S. C. unter Hadrian (129) geschehen ist, dessen Abschrift L. 20 § 6 D. de hered. pet. (5, 3) enthält, und das unsere Juristen S. C. iuventianum zu nennen pflegen. Uebrigens ist dieser Name selbst übel gewählt. Denn von den vier im Eingang der Urkunde genannten Personen sind die beiden ersten die consules ordinarii des Jahrs, deren Erwähnung mit zum Datum gehört, die beiden letzten, die als suffecti bald nach dem Anfang des Jahrs an die Stelle jener traten, sind es, die dem Senat Vortrag gehalten haben. Ich lese den Anfang der Urkunde so: Pridie idus martias Q. Iulio Balbo et P. Iuventio Celso coss. Titus Aufidius Oenus Severianus consules verba fecerunt etc. [Es sind nur die beiden consules ordinarii genannt; vgl. Mommsen zu dieser Stelle.]

f) S. C. macedonianum: Cum inter ceteras sceleris causas Macedo, quas illi natura administrabat, etiam aes alienum adhibuisset etc. L. 1 D. de S. C. maced. (14, 6).

g) Außer der Oratio kommt auch die Form einer epistola vor.

h) Tac. annal. III 25—28, ein Rückblick auf die Geschichte der Gesetzgebung, den man nicht mit den Augen eines kritischen Historikers betrachten, sondern als den Erguß eines um un-

CVII. In den letzten Zeiten der freien Republik hatten die politischen Parteien die Gesetzgebung abwechselnd mit dem Schwert als Waffe gebraucht, um sich zu bekriegen, sie ging von Hand zu Hand, man war in eine Fertigkeit darin gekommen, von der die frühere Zeit keine Ahnung hatte. Der erste Machthaber, der einen festeren Boden unter sich fühlte, und eine dauernde Herrschaft zu begründen hoffte, mußte es als ein Bedürfniß erkennen, dem Strom der öffentlichen Thätigkeit eine andere Richtung zu geben, und die Gemüther durch Gesetze anderer Art, die den politischen Umtrieben entfernter lagen, zu beschäftigen. Dieß that Cäsar, und sehr umfassende Reformgedanken sind mit ihm zu Grabe gegangen. Das bürgerliche Recht namentlich hatte er ins Auge gefaßt, er soll den Plan gehabt haben, die zerstreuten Gesetze und Rechtsbestimmungen in einem Gesetzbuch zusammenzufassen und zu vereinfachen.[a]) Sein Nachfolger Augusť fand sich zu ähnlichem Verfahren hingezogen, nur waren seine Pläne weniger colossal, als die seines großen Vorgängers. Gewisse Gebrechen des bürgerlichen Lebens waren zu einer so erschreckenden Höhe angewachsen, daß sie jedem sichtbar waren, er wollte sie durch Gesetze heilen, in denen er seinen Nachfolgern eine stets zu neuer nachhelfender und modificirender Thätigkeit veranlassende Erbschaft hinterließ. Unter diesen Gegenständen der Gesetzgebung steht folgender obenan.

Von Alters her galt es für eine Verletzung der guten Sitte und der Pflicht eines guten Bürgers, ehelos zu bleiben, Kinderlosigkeit begründete den Verdacht der Abtreibung oder der Aussetzung. Es gehörte zum Amte der Censoren, den Bürger, der einen Hausstand zu begründen versäumte, zu ermahnen, den Hartnäckigen zu bestrafen. Dieß geschah namentlich durch eine Geldabgabe, aes uxorium, welche sie den bejahrten Hagestolzen auflegten.[b]) Die Auferziehung von Kindern gab gelegentlich einen Anspruch auf Vortheile,[c]) Cäsar vertheilte durch eine lex agraria die campanischen Domänen an die Bürger, welche drei und mehr Kinder hatten.[d]) In den letzten Zeiten hatte die Ehelosigkeit unter den Vornehmeren, und selbst in dem Mittelstand außerordentlich überhand genommen, eine freche Zügellosigkeit hatte sich beider Geschlechter bemeistert, häuslicher Sinn schien zur Seltenheit geworden zu sein. In der Abnahme der Bürgerzahl trat dieß am anschaulichsten hervor; die Lücken, welche die Bürgerkriege in den Familien machten, wurden nicht ausgefüllt; dieß war es, was den damaligen Regenten als das fühlbarste Uebel vor-

---

wiederbringliche Güter sich grämenden, über die eitle Unfähigkeit eingebildeter Heilkünstler zürnenden, von der Sonne der Hoffnung abgekehrten Gemüthes mitfühlen muß.

a) Sueton. Iul. 44. [Darauf bezogen sich wahrscheinlich die zwanzig Bücher des Ofilius de legibus; s. oben § 97 p. Man hatte keinen officiellen Text und war der Willkür der Apparitoren und Buchhändler Preis gegeben: Cic. de legib. III 20, legum custodiam nullam habemus: itaque hae leges sunt, quas apparitores nostri volunt: a librariis petimus, publicis litteris consignatam memoriam publicam nullam habemus. Graeci hoc diligentius, apud quos νομοφύλακες creantur: nec hi solum litteras (nam id quidem etiam apud maiores nostros erat), sed etiam facta hominum observabant ad legesque revocabant. Den Plan zu einer Gesetzsammlung hatte übrigens schon Pompeius gehabt: Isidor. orig. V. c. 1 § 5: leges autem redigere in libris primus consul Pompeius instituere voluit (702?), sed non perseveravit, obtrectatorum metu. Deinde Caesar coepit id facere, sed ante interfectus est. Vielleicht bezog er sich aber bei ihm nur auf die Strafgesetze. Vgl. Huschke Zeitschrift für geschichtl. Rechtswiss. XV S. 196 Note 4. R.]

b) Paul. Diac. ex Festo v. uxorium. Val. Max. II 9, 1. Vgl. Cic. de legib. III 3: caelibes esse prohibento.

c) Für die ältere Zeit vgl. Liv. 45, 15 Gell. V 19.

d) Sueton. Iul. 20. Dio Cass. XLIII 25.

kam. Cäsar hatte um die Hälfte weniger Bürger censirt, als ihre Zahl vor dem Bürgerkriege betragen hatte. Diesen Punkt nun ließ sich Augusť gleich am Anfang seiner Regierung besonders angelegen sein. Wenige Jahre nach der Schlacht bei Actium, in seinem sechsten Consulat (726) scheint er schon durch ein Edict einzelne dahin gehörige Punkte bestimmt zu haben,[e]) erst 736 brachte er einen Vorschlag an den Senat zu einem Gesetz, worin rechtliche Nachtheile für den Cälibat, Belohnungen für die Ehe und die Erzeugung und Aufziehung von Kindern, so wie zugleich Vorschriften für die Beschaffenheit der Ehen, welche Ansprüche auf diese Vortheile gewähren sollten, festgesetzt waren.[f]) Mit Mühe erhielt er einen günstigen Senatsbeschluß. Diese Rogation, die als lex de maritandis ordinibus in dem S. C. de ludis saecularibus von 736 vorkommt,[g]) brachte er an das Volk, welches sie mit großem Tumult verwarf.[h]) Lange Zeit sah er sich genöthigt, die Sache ruhen zu lassen, endlich schon gegen das Ende seiner Regierung ließ er sein Gesetz von neuem revidiren, milderte die Strafen, erhöhte die Belohnungen, gestattete zugleich eine vacatio von drei Jahren, vor deren Ablauf das Gesetz gegen niemanden angewendet werden sollte, um jedem Zeit zu lassen, seinen Vorschriften zu genügen, und so wurde unter dem Consulat von S. Aelius Catus und C. Sentius Saturninus (757) die lex iulia de maritandis ordinibus durchgesetzt. Im Jahre 760 lief die Vacatio ab, er mußte noch eine zweite von zwei Jahren bewilligen. So sollte also 762 das Gesetz in volle Kraft treten, da erhoben sich von neuem die Ritter dagegen, und forderten mit Ungestüm die Aufhebung. Augusť gab nicht nach, aber, indem er eine Vacatio von noch einem Jahr gewährte, ließ er jenem ersten noch ein zweites Gesetz hinzufügen, in welchem viele neue Bestimmungen über denselben Gegenstand gemacht wurden. Dieß ist die lex papia poppaea, genannt von den consules suffecti dieses Jahrs: M. Papius Mutilus und Q. Poppäus Secundus.[i]) Jedes dieser Gesetze, die nicht verschmolzen wurden (daher die lex iulia und die lex papia besonders citirt werden), und die zusammen lex iulia et papia poppaea heißen, hatte in eine beträchtliche Anzahl von Kapiteln abgetheilt einen doppelten Inhalt 1) de maritandis ordinibus (pars nuptialis): über die Schließung der Ehe, die Vorzüge der Verheiratheten und mit Kindern Versehenen, die Nachtheile des Cälibats und der Orbität, 2) de caducis (caducaria): über den Einfluß jener Vorschriften auf das testamentarische Erbrecht, namentlich über das Schicksal dessen, was aus einem Testament von dem, welchem es zugedacht ist, entweder wegen Cälibats und Orbität, oder sonst nicht erworben wird, und somit verfällt, und worüber das Gesetz theils zum Besten solcher, die seine Forderungen erfüllen, theils zum Besten des Aerars verfügt.[k]) Unter den folgenden Imperatoren kam die Gesetzgebung oft auf diese Gegenstände zurück, nicht wenige Senatusconsulta sollten einzelne Punkte theils genauer bestimmen, theils einer Umgehung der Gesetze entgegenarbeiten.

Wenn wir fragen, was jene so mühselig geborenen Gesetze genützt haben?

---

e) Tac. annal. III 28.

f) Dio Cass. LIV 16.

g) Gruter. inscr. p. 326. Haubold (Spangenberg) monum. legal. p. 163.

h) Sueton. Octav. 34. Die sittenlose Jugend triumphirte darüber als über eine ihre Neigungen bedrohende, nun glücklich überwundene Gefahr Propert. eleg. II 7: gavisa es certe sublatam, Cynthia, legem, qua quondam edicta flemus uterque diu.

i) Dio Cass. LVI 1—10. Er bemerkt, daß diese Consuln selbst ehelos gewesen seien.

k) Das Nähere wird in der Geschichte des Privatrechts vorkommen.

so liegt klar vor Augen, daß die Absichten, welche August in den Vordergrund stellte, und, wir wollen annehmen, auch wirklich als die ersten ansah, nicht erreicht worden sind. Und dieß kann bei solchen äußerlichen und zum Theil das wahre sittliche Gefühl verletzenden Mitteln[l]) für ein tief in den Gemüthern liegendes Uebel nicht befremden. Beförderung des häuslichen Lebens und der Sittlichkeit? Wenige waren gutmüthig und leichtgläubig genug, die Sache aus diesem Gesichtspunkt anzusehen; Beförderung der Finanzen, Bereicherung des Aerars, das war es, woran man dachte, und diesen Nutzen haben die Gesetze denn auch wirklich gebracht.[m]) Um welchen Preis aber? daß der Druck verschärft wurde, Spione, durch die gesetzlichen Belohnungen angelockt, in das Innere der Familien eindrangen, und nach anzugebendem verfallenen Gute spürten, damit, wie Tacitus mit bitterem Spott sich vernehmen läßt, der Staat als der rechte und größte Vater (wie jene Gesetze den Vätern als Vorrecht — ius patrum — verhießen) die verfallenen Güter an sich nehme.[n]) Dazu Gesetze, die in wichtige Theile des Rechts durch eine Unzahl willkürlicher Bestimmungen verwirrend eingriffen, so daß die ganze Kunst der römischen Juristen nöthig war, um sie in das ihnen widerstrebende System des nationalen Rechts einzufügen, und dessen angeborene Reinheit, welche lange durch sie in jenen Punkten getrübt worden ist, so gut es geschehen konnte, zu erhalten.

Gewissermaßen eine Ergänzung zur Lex Julia und Papia war eine andere Lex Julia, de adulteriis, die wahrscheinlich um dieselbe Zeit, als die erste zuerst in Vorschlag kam, gegeben wurde. Wie jene die Beförderung der Ehe, so hatte diese die Unterdrückung rechtswidriger Geschlechtsverhältnisse: des Ehebruchs, der ein gemeines Laster geworden war, des Stuprums überhaupt, und der Beihülfe zu diesen Vergehen, durch peinliche Strafen zum Zweck. Da Ehebrecherinnen sich oft auf eine Scheidung beriefen, wodurch sie die Ehe aufgehoben hätten, so wurde in dem Gesetz verfügt, daß nur eine solche Scheidung gegen die Strafe des Gesetzes schützen sollte, die sie durch einen Freigelassenen vor sieben mündigen Bürgern hätten ankündigen lassen. Auf der andern Seite gewährte das Gesetz den Frauen eine Gunst, indem es die Befugniß zur Veräußerung eines zum Heirathsgut gehörigen Grundstücks dem Manne entzog, in einem besondern Kapitel: de fundo dotali. Noch andere Criminalgesetze gab August (lex iulia de ambitu, maiestatis, de peculatu, residuis et sacrilegio, de vi publica et privata, de fraudata annona), in denen, wie in seinen Gesetzen über den Proceß: leges iuliae iudiciorum publicorum et privatorum, er den Bedürfnissen der Zeit auf eine angemessenere Weise, als in jenen über Cälibat und Orbität, nachkam.

Ein anderer Gegenstand, der die Gesetzgebung vielfach beschäftigte, wegen

---

l) Um nur einige Punkte zu erwähnen: dem sittlichen Gefühl der Nation galt es für geziemend, daß eine Wittwe unvermählt blieb, univira war ein Lob wie castissima, die auf die Vermehrung der Ehe erpichte Politik des Gesetzgebers forderte die zweite Ehe, und gab der Wittwe nur eine Frist von zwei Jahren in der Lex Papia, in der Julia gar nur von einem Jahr, nach dem Tode des Mannes. Ferner bei den Belohnungen des Kinderzeugens: wird nicht manchem Römer der Gebrauch eingefallen sein, wonach eine Sclavin, wenn sie das Vermögen ihres Herrn durch drei Kinder vermehrt hatte, von Sclavendiensten entbunden, und wenn sie noch fruchtbarer gewesen war, sogar mit der Freiheit belohnt zu werden pflegte? Columella de R. R. I 8.

m) Tac. annal. III 25: — incitandis caelibum poenis et *augendo aerario* —.

n) Tac. annal. III 28: acriora ex eo vincla, inditi custodes, et lege papia poppaea praemiis inducti, ut si a privilegiis parentum cessaretur, velut parens omnium populus vacantia teneret, sed altius penetrabant, urbemque et Italiam, et quod usquam civium, corripuerunt, multorumque excisi status. Vgl. Plin. paneg. 34.

seines Einflusses auf das gemeine Wohl, war das Sclavenwesen. Nichts hat mehr zur Entsittlichung des römischen Volks beigetragen, als der Mißbrauch, den es von diesem Institut machte, nachdem die alten patriarchalischeren Zeiten vorüber waren. Die Gewöhnung, Wesen gleicher Art mit sich als ein zur Sache herabgewürdigtes, verächtliches Ding zu betrachten und zu behandeln, trägt eine furchtbare Vergeltung unabweislich in sich. Bei einer so unermeßlichen Anzahl von Sclaven aber, wie sie unter den Römern lebten, wo mancher Bürger in die Tausende hatte, traten die nachtheiligen Folgen noch handgreiflicher hervor. Den Römern selbst war dieses Unmaß, dessen sich doch keiner entschlagen wollte, ein Gegenstand stiller Furcht. Die geistige Ansteckung, welche von einer solchen überwiegenden Masse großentheils durch die Umstände, in denen sie sich befanden, selbst verderbter Menschen ausgeht, fürchteten sie nicht, und doch war dieß nicht die geringere Gefahr, gegen die gewaltsamer Empörung gehalten. Und wenn diese nun von ihren Herren nach einem Dienst voll Erniedrigung und vielleicht Verbrechen die Freiheit erhielten, welche sehr oft ein Lohn für schändliche Beihülfe zu dem sittenlosen Leben der Herren war, welche Aussicht für den Staat, der, da der Freigelassene in das Bürgerrecht des Herrn eintrat, mit solchen Bürgern sich beschenkt sah. Schon die Menge derselben, noch abgesehen von der besonderen Beschaffenheit der Einzelnen, die fortwährend in die Reihen der Bürger einströmte, war eine Calamität. Da es zum guten Ton wurde, nicht sowohl viele Sclaven, als vielmehr einen Hof von Freigelassenen um sich zu haben, wurden namentlich bei der vornehmen Jugend die Freilassungen eine Art der Verschwendung, die wie jede andere ins Ungeheuere getrieben ward, und wenn ein solcher bei seinem Leben noch eine sparsamere Zurückhaltung bewiesen hatte, so suchte er wenigstens den Glanz seines Namens zuletzt noch durch ein Unmaß von Freilassungen in seinem Testament herzustellen. August, der dieses Unwesen vor sich sah, konnte nicht daran denken, es in seiner Wurzel anzugreifen, und die Sclaverei selbst zu beschränken. Er ging indessen darauf aus, durch die Gesetzgebung einige besonders nahe liegende Auswüchse abzuschneiden.

Es waren zwei Nachtheile für den Staat, welche die Gesetzgebung zu entfernen oder zu mindern suchte. Der eine bestand in der rücksichtslosen Behandlung der Sclaven, durch welche gefährliche Aufstände schon veranlaßt worden waren; diese Gefahr war nach den bürgerlichen Kämpfen eher größer, als geringer geworden. Eine bei den Reichen besonders häufig vorkommende Grausamkeit war der Gebrauch der Sclaven zum Thierkampf; ein Gesetz, die Lex Petronia, entzog diesen Gebrauch der Willkür der Herren, nur in Folge eines Vergehens und vermöge eines obrigkeitlichen Spruchs sollte die Verwendung zu diesem Schauspiel geschehen können. Wahrscheinlich verordnete sie eine besondere Behörde in den verschiedenen Städten, bei welcher der Herr seine Anzeige und Beschwerde über den Sclaven, um dessen Verurtheilung zu erlangen, anbringen mußte.[o]) Wahrscheinlich war dieß nicht ihr einziger Inhalt; er wurde überdieß durch spätere Senatusconsulta noch erweitert.

---

o) L. 11 § 2 D. ad L. corn. de sicar. (48, 8). Darauf bezieht sich der praefectus iuri dicundo lege petronia auf einer zu Pompeji gefundenen Inschrift, Savigny Zeitschrift IX S. 374 und in einer andern (Orell. 3680) P. L. P. (praef. lege petronia) [eben so der quattuorvir lege Petronia in der von Mommsen zu Isernia copirten § 92t R.] Ob die lex iunia petronia (oder patronia), die in L. 24 D. de manum. (40, 1) vorkommt, dieselbe ist, mag dahin gestellt bleiben. Unter die Regierung Nero's hat man das Gesetz stellen wollen, weil 814 ein Consul Petronius vorkommt, das ist höchst willkürlich bei einem Namen, der so wenig

Der andere öffentliche Nachtheil der Sclaverei war die Unzahl von Freilassungen, wodurch der Staat mit vielfach nichtswürdigen Bürgern überschwemmt ward. Die testamentarischen Manumissionen beschränkte ein in der Mitte des achten Jahrhunderts gegebenes Gesetz, die lex furia*) caninia, geradezu durch Festsetzung eines gewissen von dem Testator nicht zu überschreitenden Maßes, nach Verhältniß der Anzahl der Sclaven, die er besaß. Noch tiefer in das Recht der Freilassungen griff ein anderes, sehr umfassendes Gesetz ein, die lex aelia sentia, 757 von den Consuln dieses Jahrs an die Comitien gebracht. Sie enthielt größtentheils sehr zweckmäßige, und lange in Anwendung gebliebene Bestimmungen, wodurch leichtsinnige, oder auf schlechten Motiven beruhende, und dem gemeinen Wohl verderbliche Freilassungen theils verhindert, theils in ihrem Einfluß auf den Staat, namentlich durch Versagung der Civität für den Freigelassenen, beschränkt wurden. Sie macht, indem sie manche Freigelassene zwar frei werden läßt, aber von der Civität ausschließt, den Anfang der Gesetze, welche eine neue reichliche Quelle für die Standesverschiedenheit, für die Entstehung von Latinen und Peregrinen neben den Cives wurden. Auf der andern Seite schließt sie nur Wenige definitiv und für immer von der Civität aus, vielmehr giebt sie Mittel an die Hand, wie solche Latinen zur Civität gelangen können, und zwar auf eine verständige, dem öffentlichen Interesse zusagende Art. Wenn nämlich ein solcher Latinus einen Hausstand begründet durch Ehelichung einer Standesgenossin oder Bürgerin, und ein einjähriges Kind hat, so kann er verlangen, mit Weib und Kind zum Civis gesprochen zu werden. Diese Wege zur Civität sind nachher durch andere Gesetze sehr vermehrt worden, und zwar nicht immer mit der Einsicht und Angemessenheit, die an der Lex Aelia Sentia zu rühmen ist.[p])

CVIII. In ursprünglicher Form, wie sie auf Erztafeln eingegraben waren, sind uns von den Gesetzen unter und nach August mehrere Fragmente zugekommen, so eines von der lex de imperio Vespasiani (§ 87), und vielleicht gehört auch die Lex über die Magistri Aquarum hieher,[a]) zwei von einem S. C. zu Ehren des Germanicus, ferner zwei S. CC. über die Erhaltung der Gebäude gegen die Speculationskäufe derselben auf Abbruch.[b]) Abschriften von einigen

selten war, und bei einem Gesetz, von dem nicht einmal gesagt werden kann, daß es eine lex centuriata war, also von einem Consul gegeben werden konnte. Das Gesetz ist sicher eine längere Zeit vor der Zerstörung von Pompeji gegeben.

*) [Fufia ist die überlieferte Lesung; Furia haben die Herausgeber der Quellen ohne Grund daraus gemacht.]

p) Der nähere Inhalt dieses und der übrigen Gesetze wird in der Geschichte des Privatrechts gegeben werden.

a) Haubold (Spangenberg) monum. leg p. 177. Rudorff hält sie für eine bloße lex collegii, gleich der lanuvinischen Inschrift (§ 118). [Vgl. Zeitschrift für gesch. R. W. XV (1849) 8. Nachträge dazu von Mommsen Num. 10 (1850). Wegen des Kreidegeldes (cretulentum) hat man sie gar auf die Insel Creta bezogen, während sie die Wahl, Beeidigung und Amtsgewalt der Vorstände einer Innung in Rom, eines Brunnencollegiums oder einer Walkerzunft zum Gegenstande hat. R. — Vgl. Bruns Fontes p. 250 sq.]

b) Haubold l. c. p. 186. 195. [Berichtigter Text: Mommsen in den Verhandl. der sächs. Gesellsch. 1852 S. 272. Erläuterungen: Bachofen ausgew. Lehren S. 185 ff. Vgl. Mommsen Stadtrechte von Salpensa und Malaca 1855 S. 480 f. Die Quellen über die Municipalverfassung sind durch drei in Spanien aufgefundene leges municipales ergänzt worden. Im Jahre 1851 kamen in Malaga zwei Erztafeln mit Bruchstücken der Stadtrechte der latinischen municipia Salpensa und Malaca zu Tage. Sie sind zuerst 1853 von Manuel Rodriguez de Berlanga veröffentlicht, dann mit Commentar von Mommsen die Stadtrechte der latinischen Gemeinden Salpensa und Malaca in der Provinz Baetica. Leipzig 1853 (Abhandlungen der k. sächsischen

Gesetzen haben sich ebenfalls theilweise erhalten, theils auf Stein,[c]) theils in Büchern.[d]) Dahin gehören auch drei Kapitel einer lex agraria, die in der Sammlung der Agrimensoren vorkommen; man hat dieses Gesetz für eine lex mamilia über die Grenzen (die auch sonst erwähnt wird) oder de coloniis gehalten, durch neuere Untersuchungen ist es außer Zweifel gesetzt, daß es eine lex agraria von Caligula ist.[e]) Alle diese Ueberlieferungen betreffen nicht unmittelbar das Privatrecht, aber auch von einigen privatrechtlichen Gesetzen kommen mehr oder weniger vollständige Abschriften in juristischen Schriften und aus diesen in den Digesten vor.[f])

Von den meisten sind nur Angaben des Inhalts, sowohl im Allgemeinen, als im Einzelnen, hier aber auch häufig mit wörtlicher Anführung einzelner Stellen in den nichtjuristischen und juristischen Autoren uns zugekommen. Die wichtigsten jener Gesetze hat man aus diesen zerstreuten Notizen über ihren allgemeinen und speciellen Inhalt zu restituiren gesucht. Dieß ist vornehmlich hinsichtlich der Lex Julia und Papia geschehen, bei welcher eine solche Restitution wegen ihres Umfangs und bedeutenden Eingreifens in wichtige Rechtstheile von großem Interesse ist, aber auch nach der Beschaffenheit der Ueberlieferung und der theilweisen Ungewißheit des Verhältnisses beider Leges zu einander besondere Schwierigkeit hat. Die beste Arbeit dieser Art ist von Heineccius, ohne daß sie freilich, auch abgesehen von einzelnen Nachträgen zu dem Inhalt der Gesetze aus neu entdeckten Quellen, schon als völlig befriedigend betrachtet werden könnte.[g])

B. Principum constitutiones.*)

CIX. Das Gesetz über das Imperium des Princeps gab ihm die Befugniß, alle Anordnungen zu treffen in Gegenständen des öffentlichen und Privatinteresses, die er für angemessen halte, seine Anordnungen sollten vermöge dieses generellen Auftrags vom Volk dieselbe Gültigkeit haben, wie wenn ihnen

---

Gesellschaft der Wissenschaften Band III) und von Giraud les tables de Salpensa et Malaga. Paris 1856. 8; jetzt im C. I. L. II n. 1963. 1964. Beide Gesetze stammen aus dem Jahre 82—84 n. Chr.; auf dem aes Salpensanum sind die Capitel 21—29, auf dem Malacitanum die Capitel 51—69 erhalten. Dazu kamen Ende 1870 oder Anfang 1871 zwei Bruchstücke der lex coloniae Iuliae Genetivae Urbanorum oder Ursonis (heute Osuna) vom Jahre 710 der Stadt. Sie wurden Ende 1872 von Berlanga herausgegeben, dann von E. Hübner in der Ephemeris epigraphica II p. 105—118 mit anschließendem Commentar Mommsen's. Der Text ist wegen einzelner Nachträge noch einmal in demselben Heft der Ephemeris S. 221 f. abgedruckt. Weitere Bruchstücke sind 1875 bekannt geworden und in der Ephemeris epigr. III p. 87 sqq. veröffentlicht. Erhalten sind die Capitel 61—82, 91—106 und 123—134. Vgl. Bruns Fontes p. 110 sqq.]

c) S. die S. CC. bei Haubold l. c. p. 162. 163.

d) S. Haubold l. c. p. 166. 169. 170. 174.

e) Rudorff über die s. g. lex mamilia de coloniis Zeitschrift IX 12. [Mommsen Schriften der röm. Feldmesser II S. 223 erklärte sie für einen Vorschlag von fünf Mitgliedern der Agrarcommissionen (vigintiviri) des Julius Cäsar (dagegen Rudorff daselbst S. 244. 415), und dieß bestätigt die lex coloniae Genetivae.]

f) Z. B. von der Lex Falcidia L. 1 pr. D. ad L. falc. (35, 2), von dem S. C. macedonianum L. 1 pr. D. de S. C. maced. (14, 6), dem S. C. über die Erbschaftsklage L. 20 § 6 D. de H. P. (5, 3) u. s. f.

g) Heineccius Comm. ad L. I. et P. P. 1726 und öfter. Frühere Versuche s. bei Haubold inst. liter. p. 318 sq., unter ihnen der von Jac. Gothofredus 1617 und verbessert in seinen »fontes quatuor iuris civilis«. Ueber die neu hinzugekommenen Notizen s. Gitzler quaest. de L. I. et P. P. 1835. Eine neue Zusammenstellung der Fragmente findet sich bei den Tex fontes tres iuris civ. rom. ant. 1840. — Die Restitutionsversuche in Beziehung auf andere Leges (z. B. lex aelia sentia) und Senatsgesetze s. bei Haubold l. c. p. 314 sqq.

*) [Vgl. Mommsen Staatsrecht II (1877) S. 67 ff.]

ein specieller Befehl des Volks zu Grunde liege.[a]) Darauf gründete sich der schon von Gaius als ein niemals bezweifelter angeführte Satz, daß die Verordnungen des Princeps legis vicem hätten. Dessen ungeachtet wurde in genauer Rede von diesen Verordnungen nicht die Bezeichnung eines iussus, wie von den Gesetzen des Volks und in dieser Zeit auch des Senats, gebraucht, sondern die Ausdrücke decernere, censere, placere, constituere, wie sie auch bei andern Magistraten, ja zum Theil selbst bei Juristen gewöhnlich waren; sie wurden constitutiones genannt, wie auch von praetorum, ja von iurisconsultorum constitutiones gesprochen wurde, so daß zur vollen Bezeichnung derselben der Zusatz: principum constitutiones gehört.

Es war keineswegs die Absicht, eine ganz neue Form der Gesetzgebung mit jenem Recht der Principes einzuführen, die Fälle seiner Anwendung, die Gelegenheiten, Verordnungen zu erlassen, dachte man sich ursprünglich nicht anders, als bei jedem andern Magistrat, insonderheit bei den obersten Regenten des Staats: Consuln, Dictatoren, und bei den Censoren und Prätoren. Der Unterschied war nur, einmal, daß sich bei dem Princeps vermöge des größeren Umfangs seines Amts die Veranlassungen vermehrten, und dann die höhere Kraft seiner Constitutionen. Diese bestand aber darin, daß sie nicht bloß die Wirkung haben sollten, welche der Princeps selbst durch seine eigene Ausführung derselben ihnen geben konnte (wie dieß bei andern Magistraten der Fall war), sondern daß sie vermöge ihrer Gleichstellung mit den Leges für jeden andern Magistrat verbindlich waren, dieser sich nicht weigern konnte, sie auszuführen. Mit einem Wort: der Princeps hatte nicht bloß die Autonomie für seine eigene Amtsführung, sondern er hatte eine Nomothesie, die er in der Form der bisherigen magistratischen Verfügungen ausüben sollte. Daher war es ganz natürlich, daß die Gesetzgebung durch Leges blieb und nur in die durch den Senat allmählich überging, ohne daß dieß vorzugsweise durch den Wunsch der Principes, dem Volk den Schein eines wirklichen Antheils an der Staatsgewalt zu lassen, erklärt werden müßte. Um diese Form der Gesetzgebung überflüssig zu machen, hätten sie eine neue, bisher ganz unbekannte aufstellen müssen, wie sie am Ende dieser oder am Anfang der folgenden Periode mit der völligen Veränderung der alten Verfassung entstand. So lange sie noch immer nur als die höchsten Magistrate der Republik auftraten und erschienen, behielten sie im Ganzen die alten Formen der magistratischen Thätigkeit bei, womit sich übrigens wohl verträgt, daß im Einzelnen durch die ungleich höhere Stellung dieser magistratischen Herrscher bedeutende Modificationen in diese ihre Thätigkeit sich einführten.

Es fragt sich nun: welche Veranlassungen fanden die Principes in ihrer magistratischen Eigenschaft, sich über Rechtssätze auszusprechen, d. h. also, wann trat jene gesetzliche Kraft ihrer Aussprüche in Wirkung? Die Beantwortung dieser Frage wird uns die verschiedenen Formen ihrer Constitutionen vorführen.

CX. Bei den Senatsgesetzen ist erwähnt worden, daß sie meistens auf einen Antrag des Princeps, der in den wichtigeren Fällen die Form einer Rede vor dem Senat hatte, gegeben wurden. Diese Orationes waren somit ihrem

a) Lex de imperio Vespasiani. (Die erste Ertheilung dieser gesetzgebenden Gewalt erwähnt Dio Cass. LVI 28 unter dem Jahr 766, wo ein Gesetz gegeben wurde, daß was August unter Beirath seines Consiliums (s. unten) beschließe, so gültig sein sollte, als ein Senatusconsultum). Ulpian konnte sogar von einer völligen Devolution der Volksgewalt auf den Princeps sprechen: cum lege, quae de imperio eius lata est, populus ei et in eum omne suum imperium et potestatem conferat, L. 1 pr. D. de const. princ. (1, 4).

ursprünglichen Zweck nach nur Vorbereitungen für die durch den Senat zu beschließenden Gesetze. Hier hatte nun aber jener Grundsatz von der gesetzlichen Gültigkeit der Aussprüche des Princeps die nothwendige Folge, daß auch die Oratio für sich, welche den zu beschließenden Rechtssatz selbst schon enthielt, mit seinen Motiven und gelegentlichen sonstigen juristischen Sätzen, als Gesetz zu betrachten war, und als solche werden denn auch die Orationes von den Juristen angeführt. Die Oratio war bei der Unselbständigkeit des Senats in der That stets die Hauptsache, bald nahm man keinen Anstand, dieß auch äußerlich erscheinen zu lassen, und so finden wir, daß bei den späteren Senatsbeschlüssen für den Rechtssatz, der in ihnen enthalten war, auch wohl bloß die Oratio von den Juristen citirt wird. An diesen Gebrauch schließt sich die spätere Verfassung (der vierten Periode) an, wo sich daraus die ausschließliche Gesetzgebung der Kaiser bildete, indem die Oratio völlig in ein dem Senat bloß angekündigtes Gesetz überging.

Eine zweite Form der Verordnungen bilden die Edicta, die der Princeps vermöge des ihm wie jedem Magistrat, nur mit höherer Kraft, zustehenden ius edicendi erließ. Uns gehen hier nur die Edicte an, die einen Rechtssatz aufstellten, solche kommen schon von August, und ebenso von den folgenden Imperatoren vor.[a]) Die Veranlassung zu solchen Edicten gab dem Princeps die Jurisdiction, die ihm als höchstem Magistrat zustand. Man hat seine Jurisdiction, und damit die Veranlassung zu solchen Edicten, auf seine tribunicische Gewalt gründen wollen. Aber seine Jurisdiction überhaupt beruht keineswegs auf dieser potestas tribunicia. Denn von Alters her hatte in der Gewalt des höchsten Magistrats auch die Jurisdiction gelegen; daß die Consuln sie nicht übten, daß sie den Prätoren überlassen ward, unter denen dann wieder die verschiedenen Zweige der Rechtspflege vertheilt wurden, war eine Administrativeinrichtung, die den Princeps nicht band. Wenn daher erzählt wird, daß August ius assidue dixit,[b]) so geschieht dieß zum Lob dieser seiner Thätigkeit; niemand nahm Anstoß daran, oder suchte nach einem besonderen Stützpunkt für dieselbe. Etwas anderes ist es mit der Appellationsinstanz, die der Princeps bildete, von dieser wird nachher noch die Rede sein.[c]) Eher würde es einer Erklärung bedürfen, warum die Verordnungen durch Edicta in dieser Periode so selten vorkommen; es hat indessen nichts auffallendes, da eine regelmäßige Veranlassung, wie sie in dem Amt der Prätoren lag, bei dem Princeps wegfiel, und da ihm, wenn er ein Gesetz geben wollte, statt jener bescheidenen republikanischen Form, der man kein so großes Gewicht, wie einem Gesetz (wenn gleich sie es bei ihm wirklich hatte) beizulegen gewöhnt war, die Form einer Lex oder eines Senatsconsults nach gemeiner Ansicht sich mehr empfehlen mußte.

Die dritte Form sind die Mandata, wodurch der Princeps seine Jurisdiction andern Behörden, den Präfecti Urbi oder Prätorio, und vor allem

---

a) Z. B. L. 2 pr. D. ad S. C. vellei. (16, 1). Eine Zusammenstellung von Edicten der Principes, die in den juristischen Quellen erwähnt werden, giebt Savigny System des heut. R. R. I § 23 Note d.

b) Sueton. Octav. 33. Noch Claudius sprach sehr häufig Recht auf dem Forum oder sonst vom Tribunal Dio Cass. LX 4.

c) Sueton. Domit. 8: ius diligenter et industrie dixit, plerumque et in foro pro tribunali extra ordinem. Mit den letzten Worten will Sueton jenes ordentliche Rechtsprechen in erster Instanz ausdrücken, das zur Zeit Domitian's schon eine Ausnahme von der Regel geworden war, da die späteren Principes sich auf ihre Jurisdiction in höchster Instanz (abgesehen von dem Rescriptsproceß) zu beschränken pflegten. Hadrian scheint ausnahmsweise wieder öfter jene ordentliche Rechtspflege geübt zu haben Dio Cass. LXIX 7.

seinen Legati auftrug, die er in seine Provinzen sendete. Diese Mandate pflegten denn auch Anweisungen über die Verwaltung der Jurisdiction, und daher Rechtsvorschriften, die der Beauftragte befolgen sollte, zu enthalten. Der Inhalt solcher Mandate pflanzte sich aus einem auf das andere fort, und wenn sie für die verschiedenen Provinzen verschiedene Vorschriften enthielten, so kam doch auch vieles in allen übereinstimmend vor.[d]) Die civilrechtlichen Bestimmungen der Mandate scheinen einen bei weitem geringeren Theil ihres Inhalts ausgemacht zu haben, als die, welche sich auf das Amt der Präsides im Ganzen, und auf ihre Administration und Criminalrechtspflege bezogen,[e]) für die letzteren war denn auch ungleich mehr Veranlassung gegeben. Unter diesen Umständen darf es nicht auffallen, wenn Gaius in seinen Institutionen unter den Arten der Constitutionen die Mandate nicht erwähnt;[f]) ob Ulpian eben so unvollständig gewesen ist, läßt sich bei der Möglichkeit einer Interpolation der hieher gehörigen Pandektenstelle nicht mit Bestimmtheit behaupten.[g])

Unendlich öfter als alle bisher erwähnten Formen von Constitutionen werden aus dieser Periode zwei andere erwähnt, die daher an Wichtigkeit jene weit übertreffen. Dieß sind die Decrete und die Reskripte. Es soll zuerst ihre Veranlassung, dann ihre Bedeutung festgestellt werden. In jener Hinsicht ist es nothwendig, die eigenthümliche Stellung, die der Princeps zur Rechtspflege einnahm (sehr verschieden von der altherkömmlichen Jurisdiction, von der vorhin die Rede gewesen ist), zu erwähnen.

CXI.*) Ein Rechtsstreit konnte an den Princeps auf verschiedene Weise gebracht werden. Vor allem dann, wenn er die gewöhnliche Jurisdiction der Magistrate ausübte, indem er sich auf das Forum begab, um auf dem Tribunal zu Gericht zu sitzen; hier verfuhr er ebenso wie der Prätor, theils nach dem ordo iudiciorum privatorum, indem er zur Untersuchung und Entscheidung ein Judicium gab, theils extra ordinem, indem er selbst die causae cognitio vornahm und durch Decretum entschied. Von dieser Art der Rechtspflege sehen wir jetzt ab, doch haben wir bei den Decreten der Principes auch an diesen letzten Fall zu denken. Aber es wurde ferner und zwar in die tribunicia potestas des Princeps die Befugniß gelegt, nicht bloß gegen Verfügungen anderer Magistrate einzuschreiten (dieß lag von jeher in der Macht der Tribunen), sondern auch gegen die Sentenz eines Richters, so daß also ein Rechtsstreit

d) S. L. 1 pr. D. de test. mil. (29, 1): et exinde (von Trajan an) mandatis inseri coepit caput tale: cum in notitiam meam prolatum sit etc. L. 19 pr. D. de off. praesidis (1, 18) L. 2 § 1 D. de his quae ut. ind. (34, 9).

e) S. die Zusammenstellung bei Brisson. de formulis III 84.

f) Er zählt nur drei Arten auf: constitutio principis est, quod imperator decreto vel edicto vel epistola constituit (I 5).

g) Ulpian. Lib. I inst. in L. 1 § 1 D. de const. princ. (1, 4): quodcunque igitur imperator per epistolam et subscriptionem statuit, vel cognoscens decrevit, vel de plano interlocutus est, vel edicto praecepit, legem esse constat. hae sunt, quas vulgo constitutiones appellamus. Wenn er auch die Orationes und Mandata nannte, so war es ganz natürlich, daß die Compilatoren diese wegstrichen, beide Formen waren zu Justinian's Zeit längst außer Gebrauch gekommen, bis Justinian selbst in der Nov. 17 wieder ein allgemeines Mandat gab. — Böcking erklärt die Nichterwähnung der Mandata in der Stelle Ulpian's davon, daß sie unter der Epistola mit begriffen seien, da sie in derselben Form abgefaßt wurden. Ich lasse dahin gestellt, ob es den Römern so natürlich vorgekommen wäre, den Namen epistola von einem mandatum zu gebrauchen, jedenfalls scheint in der obigen Stelle die Verbindung der epistola mit der subscriptio jener Annahme nicht günstig zu sein. — Gegen die Aufnahme der Mandata unter die Constitutionen überhaupt erklärt sich Heimbach im Leipziger Repertorium 1845 S. 6 ff.

*) [Vgl. Mommsen Staatsrecht II (1877) S. 935 ff.]

durch Appellation gegen ein richterliches Urtheil an den Princeps gebracht werden konnte, der dann untersuchte und durch ein Decret entschied. Wie sich nun dadurch eine ganz neue Theilnahme des Princeps an der Rechtspflege gebildet hatte, so nahmen die Imperatoren auch Rechtssachen an, die gleich in erster Instanz an sie durch ein Bittschreiben (also nicht in der alten Form in foro, welche voraussetzte, daß sie sich auf das Tribunal begaben, und dort Gericht hielten, gleich den Prätoren) gebracht wurden. Hier übernahm der Princeps entweder selbst die Untersuchung und Entscheidung durch Decret, oder, und dieß war der gewöhnlichere Fall, er gab eine bedingte (von der Wahrheit und Vollständigkeit der ihm von der supplicirenden Partei vorgelegten Thatsachen abhängende) Entscheidung durch ein Antwortschreiben (Rescript), wobei die Untersuchung der Thatsachen und die dem Rescript gemäß einzurichtende Entscheidung einer anderen Behörde, sei es einer vom Princeps besonders mit diesem Rechtsfall beauftragten, oder dem ordentlichen Gericht überlassen blieb. Mit diesem Rescriptsproceß, wobei es darauf abgesehen war, von dem Princeps einen Ausspruch über den anzuwendenden Rechtssatz, also eine Art von Gutachten zu erhalten, an welches der Richter in Beziehung auf das von ihm anzuwendende Recht gebunden war, stand eine zweite Veranlassung von Rescripten in Zusammenhang. Die Behörden selbst nämlich wendeten sich in zweifelhaften Fällen sehr häufig, und am meisten die Präsides seiner Provinzen, an den Princeps, indem sie ihm einen von ihnen zu entscheidenden Rechtsfall vorlegten, und sich eine Belehrung über den hier anzuwendenden Rechtssatz erbaten, der ihnen ungewiß war. Diese Belehrung erfolgte ebenfalls durch Rescript.[a])

Dieß also waren die Veranlassungen der Constitutionen, welche decreta und rescripta principum genannt werden. Die ersten hatten rein in der Rechtspflege, welche die Principes übten, ihren Grund, bei dem zweiten verschmolz sich der Richterberuf derselben und die Eigenschaft von iuris conditores, die sie annahmen, und wodurch der Princeps gleichsam als der vornehmste iuris consultus erschien; die Rescripte haben, wo sie reine Rechtsbelehrungen waren, Aehnlichkeit mit den responsa prudentium, für welche selbst nicht selten dasselbe Wort gebraucht wird.[b]) Die Rescripte kommen übrigens in einer doppelten Form vor: als selbständige Antwortschreiben, epistolae, und als unter die Bittschrift gesetzte Antworten, subscriptiones. Die erste Form wurde stets bei Rescripten an anfragende Behörden, die zweite gewöhnlich an Privatpersonen gebraucht.[c])

Welche Bedeutung hat es nun, daß diese Decreta und Rescripta unter den Quellen des Rechts, den Elementen: ex quibus iura constant, neben den leges, senatusconsulta, edicta aufgezählt werden, und daß ihnen legis vigor zugeschrieben wird? Ihre nächste Bestimmung war, einen einzelnen Rechtsfall zu entscheiden, oder zu dessen Entscheidung die Rechtssätze an die Hand zu geben; ist es diese Wirkung allein, auf welche sich die ihnen beigelegte Gesetzeskraft bezieht, oder bezieht sie sich auch auf den Gebrauch, der von dem in

---

a) Das zehnte Buch der Briefe des Plinius enthält eine große Anzahl solcher Anfragen nebst den darauf erfolgten Rescripten Trajan's, z. B. 71. 72. 73. 74. 77. 78. 83. 84 u. f. f.

b) Brisson de V. S. v. rescribere.

c) Der Zweck dieser letzten Form war, das Gericht, vor dem die Partei von dem Rescript Gebrauch machte, dadurch, daß ihm dieses nicht ohne die Bittschrift vorgelegt werden konnte, über die dem Princeps vorgetragenen und seiner Antwort zu Grunde liegenden Thatsachen, von deren Richtigkeit die Wirkung des Rescripts abhing, vollkommen ins Klare zu setzen.

ihnen niedergelegten Rechtssatz in andern Fällen gleicher Art zu machen war?

Savigny hatte die Ansicht ausführlich zu begründen versucht, Decrete und Rescripte hätten eine Gesetzeskraft nur für den einzelnen Fall, den sie betrafen, gehabt, für andere Fälle gleicher Art habe man sich auf sie nur als auf Autoritäten, wie auf andere Urtheilssprüche oder Ansichten der Rechtsgelehrten, berufen können, ohne daß eine Verbindlichkeit, sie auch hier wie Gesetze zu befolgen, bestanden habe. Legis vicem obtinent heiße bei den Decreten nur, sie sollten das streitige Rechtsverhältniß unabänderlich feststellen, bei den Rescripten, die Verfügung sollte für diesen einzelnen Fall von allen Behörden respectirt werden.[d]) Savigny spricht nicht besonders von den Decreten und Rescripten dieser Periode, seine Gründe sind zum Theil aus den Zuständen der folgenden genommen, auf diese werden wir unten in der Geschichte der vierten Periode zurückkommen. Hier haben wir die Frage zunächst nur für das Recht zur Zeit der classischen Juristen zu beantworten.

Jene Ansicht muß höchst bedenklich erscheinen, wenn wir die Stellen der römischen Juristen, welche von der Gesetzeskraft der Decrete und Rescripte sprechen, unbefangen anschauen. Gaius führt sie unter den Rechtsquellen auf; wie er bei den Plebisciten bemerkt: legibus exaequata sunt, bei dem Senatusconsultum: legis vicem obtinet, so wiederholt er unmittelbar darauf dieselbe Bemerkung für die Constitutionen: decreta, edicta, epistolae; kaum ist es denkbar, daß er hier auf einmal den Ausdruck in einem andern Sinn gebraucht hätte, ohne diese Abweichung auch nur leise anzudeuten, ja was noch mehr ist: er stellt die einzelnen Arten der Constitutionen (und noch überdieß in der angegebenen Ordnung) zusammen, und sollte nun von diesen insgesammt etwas ausgesagt haben, was von der ersten und dritten ganz anders zu verstehen gewesen wäre, als von der zweiten? Und Ulpian in seinen Institutionen (§ 110 Note g), indem er mit den Worten beginnt: Quod principi placuit, legis habet vigorem (offenbar in demselben Zusammenhang mit den andern Rechtsquellen, wie Gaius), zählt die einzelnen Arten auf, deren jede legem esse constat, und fügt, was entscheidend ist, hinzu: plane ex his quaedam sunt personales, nec ad exemplum trahuntur. Nach Savigny's Ansicht müßten dieß nun gerade die Decrete und Rescripte sein, aber keineswegs: Ulpian sagt glücklicherweise selbst, was er darunter versteht: nam quod princeps alicui ob merita indulsit, vel si quam poenam irrogavit, vel si cui sine exemplo subvenit, personam non egreditur.[e]) Es ist klar, daß er von den meisten Decreten und Rescripten, und zwar in ihrem legis vigor, eben damit das Gegentheil, das ad exemplum trahi, das personam egredi, behauptet. Für die Decrete wird dieß bestätigt durch ein Gesetz Justinian's, wo er (gegen die Verordnungen vorhergehender Kaiser, die in der vierten Periode werden erwähnt werden) denselben eine gesetzliche Wirkung nicht bloß in dem einzelnen Fall, sondern auch für andere Fälle gleicher Art beilegt, mit der Bemerkung, daß dieß auch die alten Juristen auf die unzweideutigste Weise behaupteten.[f]) Justinian ist nicht immer eine histo-

---

d) Savigny System des heut. R. R. I § 23. 24. Aehnliche Meinungen, nur unbestimmter gehalten, sind schon früher vertheidigt worden, z. B. von Glück Comm. I § 96. Guyet: über die Rescripte der römischen Imperatoren hinsichtlich ihrer Bedeutung und der bei ihnen stattfindenden Auslegung (Abhandlungen aus dem Gebiete des Civilr. 1829 Num. 4) glaubt, die Gesetzeskraft gelte nicht von allen Rescripten, ohne eine Grenze anzugeben.

e) L. 1 § 2 D. de const. princ. (1, 4).

f) L. 12 C. de legib. (1, 14): — sciant hanc esse legem non solum illi causae, pro

rische Autorität; hier aber finden wir in keiner andern Nachricht einen Grund, die Richtigkeit seiner Behauptung zu bezweifeln.[g]) Und kann denn auch wohl die Gesetzeskraft, und noch bestimmter die Kraft eines Volksschlusses für die Decrete etwas anderes bedeuten? Es ist Savigny selbst nicht entgangen, daß dieser Ausdruck nicht sehr passend gewählt sei, wenn damit nichts anderes als die Eigenschaft einer rechtskräftigen richterlichen Entscheidung bezeichnet werden sollte. Er erklärt es aus der Außerordentlichkeit der Jurisdiction des Princeps, worauf der alte Begriff der res iudicata nicht unmittelbar anzuwenden war. Aber die Vergleichung damit stand doch offen, und diese hätte man verschmäht, um eine passende Vergleichung zu wählen? Vielleicht wäre folgende Erklärung natürlicher. An die Decreta eines Magistrats war nach altem Recht kein anderer gebunden, als der sie erlassen hatte; dieß sollte anders sein bei den Decreten des Princeps, und dieß drückte man durch die „Gesetzeskraft" aus. In demselben Sinn wird von der Sentenz des Judex gesagt, daß sie ius facit.[h]) Aber auch dieß führt uns wieder über die savigny'sche Ansicht hinaus, zu der unsrigen. Denn überall wo dieser Ausdruck von einer Sentenz gebraucht wird, ist von einer Wirkung der Sentenz über den einzelnen Proceß und die Parteien, unter denen er geführt worden ist, die Rede, und gerade diese weitere Wirkung ist es, die mit jenen Worten bezeichnet wird.[i])

Steht es nun so um die Decrete, so wird für die Rescripte ein Zweifel um so weniger statthaft sein. Für diese haben wir noch die besondere Notiz, daß der Imperator Macrinus damit umgegangen sei, die Rescripte seiner Vorgänger sämmtlich aufzuheben, da es ein Scandal sei, daß die augenblicklichen Eingebungen verruchter Herrscher, wie Commodus und Caracalla, oder unwissender als Gesetze zu achten wären, während manche tüchtige Regenten, wie Trajan, nie an Privatpersonen rescribirt hätten.[k]) Wurden diese Rescripte für andere Fälle gleicher Art bloß als „große Autoritäten", ohne die Kraft von eigentlichen Gesetzen gebraucht, so war es sehr unnöthig, einen solchen Anlauf gegen sie zu nehmen, ihr Gebrauch würde sich haben beseitigen lassen, ohne sie „aufzuheben" (omnia rescripta veterum principum tollere), und dieß würde einem rechtsverständigen Regenten, wie Macrinus (einem der tüchtigeren Imperatoren, der von seiner Mit- und Nachwelt absichtlich verkannt und angeschwärzt worden ist), nicht entgangen sein.

Wir ziehen aus dem Bisherigen folgendes Resultat. Als unbestritten darf betrachtet werden, daß Decrete und Rescripte für den einzelnen Fall, den sie zunächst betrafen, eine höhere Kraft besaßen, als die Verfügungen irgend eines Magistrats nach der alten Verfassung, und als die Aussprüche irgend einer einzelnen Person, z. B. eines respondirenden Juristen. Von dieser Seite

---

qua producta est, sed et omnibus similibus — — cum et veteris iuris conditores constitutiones, quae ex imperiali decreto processerunt, legis vim obtinere aperte dilucideque definiant.

g) Möglicherweise könnten allerdings dieser Behauptung keine anderen Aeußerungen römischer Juristen zu Grunde liegen, als die auch wir besitzen; dann würde sie keinen neuen Grund abgeben.

h) Ueber den Ausdruck ius facere vergleiche man L. 9 D. de legib. (1, 3): non ambigitur senatum ius facere posse, gleichbedeutend mit: S. C. legis vicem obtinet.

i) L. 3 pr. D. de liber. agnosc. 25, 3 (Urtheil über den Familienstatus: placet enim eius rei iudicem ius facere) L. 17 § 1 D. de inoff. test. 5, 2 (Urtheil auf die Inofficiositätsquerel, also über die testamentifactio, und Einfluß desselben auf die Vermächtnisse) L. 50 § 1 D. de leg. I (Urtheil gegen den Erben hinsichtlich seines Einflusses auf die Vermächtnisse) L. 14 D. de appeli. 49, 1 (eben so).

k) Capitolin. Macrin. 13. [Vgl. Mommsen Staatsrecht II (1877) S. 873 f.]

gehören sie nicht hieher. Eben so gewiß ist, daß man sich auf die darin enthaltenen Rechtsaussprüche auch in andern Fällen gleicher Art berufen konnte, und bloß in dieser Hinsicht ist hier von ihnen die Rede. Von welcher Beschaffenheit diese Autorität war, ist bestritten; wenn wir indessen die in dem Obigen enthaltenen Momente erwägen, so wird sich kaum dem Ergebniß ausweichen lassen, daß diese Autorität derjenigen der Leges gleichgestellt wurde. Ja dieß wird zur Gewißheit, wenn wir noch folgendes hinzunehmen. Der Ausspruch des Princeps hatte Autorität für gleiche Fälle, vorausgesetzt, daß dieß seinem Willen gemäß war, daß er den Rechtssatz selbst als einen weiter anwendbaren betrachtete, nun war es aber nach der Stellung, die ihm die lex de imperio einräumte, undenkbar, daß diese Autorität eine andere als die höchste gewesen wäre, der Wille des Princeps galt als Gesetz,[l]) eine Ausnahme von diesem Grundsatz bei den Decreten und Rescripten wäre nur dadurch möglich, daß die Verfassung eine bestimmte ausschließliche Form für die Ausübung der ihm übertragenen gesetzgebenden Gewalt vorgeschrieben hätte, und jene Form der Decrete und Rescripte ausgenommen gewesen wäre; dieß war aber entschieden nicht der Fall.

Auf der andern Seite wurde aber für diese Verfügungen, unbeschadet der theoretischen Wahrheit der nunmehr festgestellten gesetzlichen Autorität und Kraft eines Volksschlusses, diese ihre Kraft praktisch ermäßigt durch die Form, in welcher hier der Princeps seine Willensmeinung aussprach, und darin liegt ein bedeutender factischer Unterschied zwischen ihnen und andern Gesetzen. Die Auslegung der Gesetze beruht auf drei Fragen: hat der Gesetzgeber einen Rechtssatz aufstellen wollen? welchen äußeren Umfang der Anwendung hat er ihm bestimmt? welchen Inhalt hat der Rechtssatz? Bei Leges, Senatusconsulten, Orationes, Edicten war die Beantwortung der ersten Frage nie zweifelhaft, die der zweiten selten, und die dritte konnte regelmäßig die auslegende Thätigkeit in Anspruch nehmen. Ganz anders bei den Decreten und noch mehr bei Rescripten. Hier mußte nicht bloß die dritte Frage (die sich hier insbesondere so gestaltete: ist der Fall, auf den der Rechtssatz jetzt angewendet werden soll, wirklich ein gleichartiger?) noch häufiger zweifelhaft sein, und ebenso die zweite, sondern, und dieß ist die Hauptsache, gleich der erste Punkt, ob es überall in dem Willen des Princeps gelegen habe, hier einen Rechtssatz, also eine Regel auch für andere Fälle gleicher Art auszusprechen, wovon diese ganze Gesetzeskraft abhing, stand sehr oft in Frage, da die Form der Verordnung das eine wie das andere zuließ.

Dadurch war aber die jenen Verordnungen im Allgemeinen zugestandene Kraft im Besonderen von der Auslegung abhängig gemacht, und so gewissermaßen unter die Aufsicht der Juristen gestellt. Es erklärt sich daraus ein Umstand, welcher auf den ersten Anblick nicht mit jenem legis vigor übereinzustimmen scheint, nämlich eine gewisse Freiheit der Beurtheilung, welche die Juristen gegenüber von Rescripten geltend machen.[m]) Die Existenz eines Rechtssatzes

---

l) S. die lex de imperio Vespasiani.

m) Gaius (II 221) sagt von einer Ansicht: quae sententia dicitur divi Hadriani constitutione confirmata esse. Dieß könnte allenfalls den Sinn haben, daß Gaius die Verordnung selbst nicht kannte, das Wahrscheinlichere aber ist, daß sich in diesen Worten die Abhängigkeit ihrer Kraft von der Interpretation ausdrückt. Dahin gehören auch die Stellen (s. Guyet Abhandl. S. 53), wo die Juristen, indem sie ein Rescript anführen, hinzuzusetzen für nöthig finden: et hoc iure utimur. So ferner unterscheidet Paulus bei der Betrachtung eines Decrets (L. 38 pr. D.

war noch keineswegs dadurch entschieden, daß man ein Decret oder Rescript anführen konnte, in welchem er angewendet zu sein schien, es kam darauf an:

1) ob der Princeps selbst die von ihm gegebene Entscheidung aus einer allgemein anwendbaren Regel ableitete. Sehr häufig kam es vor, daß er bloß für diesen einzelnen Fall durch Decret oder Rescript eine Verfügung traf, deren weitere Anwendung seinem Willen durchaus entgegen gewesen wäre; man nannte solche Verfügungen personales constitutiones (Note e). Ob eine Verordnung unter diese Classe gehörte, war nicht immer unzweifelhaft und äußerlich erkennbar; es mußte oft aus inneren Gründen, aus der Beschaffenheit der Entscheidung selbst constatirt werden. Daher fügen die Juristen bei der Anführung einer solchen Constitution häufig noch andere Gründe für den fraglichen Rechtssatz hinzu, nicht um die etwa unvollkommene Kraft der Decrete und Rescripte zu ergänzen, sondern um die Gesetzeskraft dieses Decrets und Rescripts außer Zweifel zu setzen, und auf demselben Weg zeigen sie auch wohl umgekehrt, daß ein gewisses Rescript eine constitutio personalis sei, und daher auf jene Gesetzeskraft keinen Anspruch mache.[n]) Man sieht, die Decrete und Rescripte hatten eine eigenthümliche Probe zu bestehen, die am unbedenklichsten bei denen verstorbener Principes stattfand, und wodurch die Juristen den Mißbrauch dieser gesetzgebenden Gewalt in Beziehung auf die weitere Anwendung auf dem bloßen Weg der Interpretation beseitigen konnten. Die Frage war allerdings bloß: wollte der Imperator eine Regel aufstellen? aber da sie aus dem Inhalt der Entscheidung vornehmlich zu beantworten war, so konnte es geschehen, daß Verordnungen unter die Classe der personalen gestellt wurden, bei denen er selbst vielleicht an eine solche Beschränkung nicht gedacht hatte.[o]) Die Rescripte, bei welchen es unzweifelhaft war, daß sie einen Rechtssatz von allgemeinerer Anwendbarkeit aussprachen, konnte man generalia rescripta (im Gegensatz also zu den personalia) nennen, und in der That wird dieser Ausdruck einigemal so gebraucht, daß er auf diese Weise zu verstehen ist; besonders geschah dieß, wenn das Rescript diese Eigenschaft auch äußerlich dadurch hervortreten ließ, daß es den Rechtssatz selbst in einem besondern Satz der nun zugleich davon zu machenden Anwendung gegenüberstellte.[p]) Wenn nun diese

---

de minor. 4, 4) das, was als wirklicher Rechtssatz anzuerkennen war, und die individuellen Motive, die den Princeps in diesem einzelnen Fall bestimmt hatten.

n) Dahin gehört L. 8 § 1 D. de poen. (48, 19), die Rescripte, die Ulpian hier anführt, stellt er als constitutiones personales dar.

o) Macrinus (Note k) beschwerte sich eben darüber, daß die Juristen dieser ihrer Aufgabe nicht überall gehörig nachkämen, und die Rescripte nicht ausschieden, die ad gratiam composita viderentur, darum hatte er die Absicht, die Gesetzeskraft der Rescripte lieber überhaupt aufzuheben.

p) L. 89 § 1 D. ad L. falc. (35, 2): Divi Severus et Antoninus generaliter rescripserunt Bononio Maximo, usuras praestaturum eum, qui frustrationis causa beneficium legis falcidiae imploravit. L. 1 § 3 D. de leg. tut. (26, 4) L. 9 § 2 D. de hered. inst. (28, 5). Gewöhnlich verbindet sich mit jener Bezeichnung noch ein weiterer Sinn, von dem nachher die Rede sein wird. Zu jenen Stellen gehört auch L. 1 § 2 D. de fugit. (11, 4): est etiam generalis epistola divorum Marci et Commodi, qua declaratur, et praesides et magistratus et milites stationarios dominum adiuvare debere in inquirendis fugitivis etc. Aus dieser und einer zweiten Stelle (L. 3 § 5 D. de sep. viol. 47, 12) zieht Savigny (System I S. 131) eine eigenthümliche Bedeutung des Ausdrucks generalia rescripta; er glaubt, es seien hier Circularrescripte, die an viele Behörden zu gleicher Zeit gerichtet waren, gemeint. In der zweiten Stelle (s. die folgende Note) hat das Wort entschieden einen andern Sinn, aber auch die erste enthält außer den Worten: generalis epistola keinen Grund für jene Annahme. Ueberdieß würde diese Ansicht voraussetzen, daß die Imperatoren dieser Periode Rescripte an Beamte ohne Anfrage (ohne Relatio) erlassen hätten, davon findet sich aber keine Spur. Was Savigny zu dieser Annahme be-

erste Frage für die weitere Anwendbarkeit der Verordnung entschieden war, so fragte es sich,

2) welchen Umfang diese weitere Anwendung haben sollte, welche Momente des in dem Decret oder Rescript entschiedenen Falls sich auch in den weiteren Fällen vorfinden müßten, um sie zur Anwendung desselben Rechtssatzes geschickt zu machen, und ob hienach der Kreis seiner Anwendung weiter oder enger sei. Auch zur Bezeichnung dieser Beschaffenheit des Rescripts, daß seine weitere Anwendung eine allgemeinere sei, als bloß auf Fälle speciell gleicher Art, bediente man sich des Ausdrucks generale, und auch diese Beschaffenheit konnte schon aus der äußeren Fassung des Rescripts hervorgehen. Ein interessantes Beispiel giebt eine Stelle, worin Papinian ein Rescript von Severus und Antoninus (welches ohne Zweifel erst vor kurzem erlassen war) in dieser Weise interpretirt und dessen weitere Anwendung vorbereitet. Ein Testator hatte einer Gemeinde eine Summe zur Errichtung einer Wasserleitung vermacht; das Geld war von den Erben ohne Abzug der falcidischen Quart und ohne Vorbehalt derselben gezahlt worden, vielmehr hatten sie sich von der Vermächtnißnehmerin cavіren lassen, daß die Summe nicht zu einem andern Zweck verwendet werden würde; die Verwendung war wirklich in der vom Testator angeordneten Weise erfolgt; nun forderten die Erben das, was sie nach dem falcidischen Gesetz hätten abziehen können, zurück. Das Rescript weist sie ab, weil es unbillig sei, sowohl daß was nach dem Willen des Testators verwendet worden, zurückgefordert werde, als daß die Kosten eines Werks, von dem die Ehre ganz auf den Testator falle, theilweise der Gemeinde zur Last fielen, ferner, insofern die Kläger auf einen Irrthum sich beriefen, weil dieser Irrthum ein Rechtsirrthum sei, und dieser die Zurückforderung nicht begründe. Dieser letzte Grund wurde überdieß auch gleich am Eingang des Rescripts in Form einer allgemeinen Regel ausgesprochen. Papinian zeigt nun: das Rescript spreche von einer Gemeinde, es gelte derselbe Grundsatz von jeder andern Person, eben so gelte er nicht bloß, wo es sich um eine so gemeinnützige Sache wie eine Wasserleitung handle, nam initium constitutionis generale est, endlich sei der Rechtssatz, daß der Rechtsirrthum zur (theilweisen) Zurückforderung des ohne Abzug Bezahlten nicht berechtige, auch in der Hinsicht generell, daß er, selbst wenn die Verwendung noch nicht erfolgt sei, oder wenn überhaupt das Vermächtniß nicht zu einem gewissen Zweck gegeben wäre, in Anwendung kommen müsse.[q])

CXII. Es ist schon oben bemerkt worden, daß von allen Arten von Verordnungen die Decreta und Rescripta am häufigsten vorkommen. Nach ihrer Veranlassung war ihre Zahl unermeßlich, schon für ein Jahr war die Ziffer

---

wogen hat, ist der Umstand, daß die Kaiser der vierten Periode ihre Gesetze (edicta) an die höchsten Behörden zu publiciren pflegten, denen es dann oblag, sie an die ihnen subordinirten weiter zu geben (§ 131). Dieß ist aber etwas von dem hier in Rede stehenden Gegenstand ganz verschiedenes.

q) L. 9 § 5 D. de iuris et facti ignor. (22, 6). Einen besondern Nachdruck hat der Name: generalia rescripta in der L. 3 § 5 D. de sep. viol. (47, 12), die mit Unrecht, wie mir scheint, Savigny für die von ihm aufgestellte Bedeutung angeführt hat: D. Hadrianus rescripto poenam statuit XL aureorum in eos, qui in civitate sepeliunt — — *Quid tamen, si lex municipalis permittat in civitate sepeliri?* post rescripta principalia (nämlich die Rescripte, die überhaupt das Begräbnißrecht neu bestimmt haben, zu welchen auch jenes hadrianische gehört) an ab hoc discessum sit videbimus, quia *generalia* sunt rescripta et oportet imperialia statuta suam vim obtinere, et in omni loco valere. Sie heißen von dieser allgemeinen Anwendung generalia, und zwar ist diese Allgemeinheit absolut, so daß keine partikuläre Abweichung zugelassen wird.

der dem Princeps durch Appellationen und Suppliken vorgelegten Processe und Rechtsfragen ohne Zweifel sehr beträchtlich. Dieß gilt besonders von der Zeit Hadrian's und seiner Nachfolger bis an das Ende dieser Periode. Natürlich war der Inhalt vieler solcher Erlasse (auch abgesehen von den personellen) nicht von allgemeinerem Interesse, aber auch die Zahl derer, deren Kenntniß wichtig war, indem sie einen nicht unzweifelhaften Rechtssatz bestätigten oder einen neuen einführten, war bedeutend, wie sich aus der Anführung derselben in den Schriften der Juristen, und aus den Sammlungen dieser und der späteren Zeit ergiebt. Nun scheint gerade dieser Umstand für ihre weitere Anwendung, wenn sie auch theoretisch feststand, praktisch ein Hinderniß gewesen zu sein, denn wie konnte man sich die Kenntniß dieser Verordnungen verschaffen, die in solcher Anzahl jährlich an einzelne Beamte oder gar an Privatpersonen ergingen? Merkwürdig, daß diese Schwierigkeit, die uns sofort in die Augen springt, damals gar nicht empfunden worden zu sein scheint. Dieß erklärt sich ganz befriedigend daraus, daß die Juristen die Vermittler jener weiteren Anwendung waren, in ihren Schriften fanden die Richter, wie das Resultat der übrigen Rechtsquellen, so auch diese vor. Sie aber den Juristen, namentlich und zunächst den mit höherer Autorität bekleideten, bekannt zu machen, dafür bestand sicher eine officielle Veranstaltung, da es den Imperatoren selbst daran liegen mußte, die Constitutionen, denen sie eine allgemeinere Anwendung bestimmten, in ihren Händen zu wissen.[a]) In vielen Fällen aber bedurfte es einer besonderen Mittheilung gar nicht, da die angesehensten Juristen an der Entstehung solcher Constitutionen selbst Theil nahmen.

Wie es nämlich ein alter Gebrauch war, daß die Magistrate namentlich für ihre Justizfunctionen mit beirathenden Sachverständigen und durch ihr persönliches Ansehen eine Gewähr verheißenden Männern sich umgaben, so hatten auch die Principes ein Consilium, unter dessen Beirath sie in Justizsachen verfuhren.[b]) August ernannte sich halbjährlich (später jährlich) ein Consilium aus den römischen Magistraten und dem Senat.[c]) Tiberius behielt diese Einrichtung anfangs bei,[d]) nach einer Unterbrechung seit den letzten zehn Jahren der Regierung des Tiberius stellte sie Claudius wieder her,[e]) und so blieb sie unter den folgenden Imperatoren. Daß von diesen Consiliarien die comites und amici principis unterschieden werden müssen, unterliegt keinem Zweifel, obwohl natürlich dieselbe Person beide Qualitäten in sich vereinigen konnte.[f])

---

a) Wie in so manchen Punkten, so findet sich auch für dieses Verhältniß eine wenigstens analoge Wiederholung in viel späterer Zeit und unter andern Umständen. Die Kaiser Friedrich I und II schickten Gesetze, denen sie eine allgemeine Anwendung sichern wollten, den Juristen der Universität Bologna zu, damit diese sie in den Kreis ihrer Vorlesungen und glossirenden Bearbeitungen des römischen Rechts zögen.

b) Ausführlich hat von diesem Gegenstand gehandelt Haubold de consistorio principum romanorum Spec. I 1788, Spec. II 1789 (Opusc. I p. 187 sqq.). Der Name consistorium für dieses Consilium gehört der gegenwärtigen Periode nicht an. [Vgl. Mommsen Staatsrecht II 1877 S. 948 f.]

c) Dio Cass. LIII 21. LIV 28. Sueton. Octav. 35.

d) Dio Cass. LVII 7. Sueton. Tib. 55.

e) Dio Cass. LX 4.

f) In jenen comites haben wir den ersten Anfang eines Hofstaats der Principes, schon unter August zerfielen sie in drei Classen, deren erste die amici (oder cohors) primae admissionis genannt wurde, auf die zwei ersten Classen wurde der Name amici vorzugsweise bezogen; wir werden sie uns ziemlich annähernd als Kammerherren vorstellen können. Die dritte Classe enthielt die minder angesehenen Personen, die dem Princeps durch allerlei Talente und Dienste, so wie durch ihre Gegenwart in Vorzimmern und bei Ausgängen ihre Ergebenheit zu bezeigen hatten. Vgl. Sueton.

Dieß letztere scheint später wenigstens bei den amici der ersten Classe die Regel gewesen zu sein. Daß sich seit Hadrian, wie gewöhnlich angenommen wird, mit dem Consilium eine wesentliche Veränderung zugetragen habe, geht aus den Stellen, die man dafür anzuführen pflegt, nicht hervor,[g]) die Zuziehung der Präfecten, und die der angesehensten Juristen, die für die Zeit Hadrian's und seiner Nachfolger bezeugt wird, kann kaum als eine eigentliche Veränderung, geschweige als eine umgestaltende betrachtet werden. Auch die Aufgabe des Consiliums änderte sich nicht, nur wurde es immer gewöhnlicher, es als einen Staatsrath für alle Regierungsangelegenheiten zu gebrauchen, wenigstens unter den rechtlicher Ordnung geneigten Regenten geschah dieß.[h]) Die Entscheidungen des Princeps in höchster Instanz wurden ordentlicher Weise vor diesem Consilium verhandelt, dessen Glieder natürlich nur berathende Stimme hatten; dieß geschah im Palast des Princeps, das dazu bestimmte Gemach hieß auditorium principis.[i]) Auch die zu erlassenden Rescripte wurden häufig von dem Consilium oder wenigstens von einem Theil der Consiliarien berathen.

Nicht bloß wurden die wichtigeren dieser Constitutionen in den Schriften der Juristen gelegentlich erwähnt, es gab auch Schriften, welche diese Quellen vorzugsweise zum Gegenstand hatten, und sonach Sammlungen derselben enthielten, nicht reine Sammlungen allerdings, sondern so, daß die wissenschaftliche Bearbeitung einen Hauptzweck ausmachte. Solche waren von Papirius Justus constitutionum libri XX, von Paulus imperialium sententiarum in cognitionibus prolatarum und decretorum libri.

Ueberliefert sind uns Constitutionen der Principes, namentlich der späteren von Hadrian an, in großer Anzahl theils in den juristischen Schriften, worin sie häufig nicht bloß ihrem Inhalt nach erwähnt, sondern abschriftlich, wenigstens auszugsweise, mitgetheilt werden (wie dieß namentlich in den Digestenstellen oft der Fall ist), theils durch die Sammlungen der folgenden Periode, so weit sie sich auf die Imperatoren dieser Periode erstrecken,[k]) sodann in andern Schriften der Folgezeit (Collatio s. § 104, 7; Consultatio s. § 104, 9), die zum größten Theil aus jenen Sammlungen geschöpft haben. Dagegen kann der Abschnitt in dem Werk des Dositheus (s. § 104, 13), welcher sich als D. Adriani sententiae et epistolae ankündigt, und bei dieser Gelegenheit erwähnt zu werden pflegt, kaum hierher gerechnet werden. Die »epistolae« sind nichts als ein Brief Hadrian's an seine Mutter, die sententiae sind mündliche Aeußerungen Hadrian's an Supplicanten und Denuncianten, die zum Theil gar keinen rechtlichen Gegenstand betreffen, und, wo dieß der Fall ist, bloß personell sind.[l]) Außerdem sind noch einige einzelne Constitutionen in Abschriften auf uns

---

Tib. 46. Vesp. 13. 14. 21. Tit. 7. Seneca de clem. I 10. Lamprid. Alex. 20. [Mommsen Staatsrecht II 1877 S. 806 ff.]

g) Spartian. Hadr. 8. 18. 22. Capitolin. Pius 12. Marc. 11. 22.

h) In dieser Beziehung wird besonders Alexander ausgezeichnet, der (oder seine Mutter) eine bestimmte Ordnung für die Behandlung der Geschäfte und die Mitwirkung des Consiliums vorschrieb und befolgen ließ Lamprid. Alex. 15. 16.

i) Der Name kommt zuerst unter Marc Aurel vor L. 1 D. an per alium (49, 9). L. 42 D. ad S. C. trebell. (36, 1). Nachher wird er häufig gebraucht, nicht bloß für das Gericht des Princeps, sondern auch anderer Beamten.

k) Codex gregorianus, hermogenianus, vaticanische Fragmente, codex iustinianeus.

l) Da sie überdieß weit entfernt sind, witzig, oder scharfsinnig, oder in irgend einer andern Hinsicht denkwürdig zu sein, so wäre es schwierig anzugeben, welche vernünftige Absicht der Sammlung zu Grunde lag, die Dositheus hiebei benutzte, wenn nicht etwa dieser, um die Sentenzen seiner Schuljugend anzupassen, »in usum delphinorum« sorgfältig alle Spitzen abgebrochen hat.

gekommen, auf Tafeln von Erz, auf Stein, in Schriften nichtjuristischen Inhalts,[m]) zum Theil ohne daß sich der Weg der Ueberlieferung nachweisen läßt.[n])

Auch in Beziehung auf die Constitutionen ist das, was wir davon in den justinianischen Gesetzbüchern, dem Codex und den Digesten, besitzen, dem Umfang und dem Inhalt nach bei weitem das Bedeutendste. Nur freilich nicht eben so in Beziehung auf die Integrität der Ueberlieferung; namentlich in dem justinianischen Codex, der eine große Menge von Constitutionen aus dieser Zeit (seit Hadrian) enthält, sind sie nicht allein oft sehr abgekürzt, wodurch die Erklärung derselben nicht selten erschwert wird, sondern auch Interpolationen sind darin, so gut als in den Excerpten der juristischen Schriften, gemacht worden.

CXIII. Vergleichen wir zum Schluß noch den Einfluß dieser von den Imperatoren unmittelbar ausgehenden mit dem der Volks- und Senatsgesetzgebung auf das Recht, so tritt uns folgender Unterschied entgegen, der sich aus der Formverschiedenheit beider hinreichend erklärt. Die Einwirkung der Constitutionen ist auf der einen Seite viel umfassender als die jener anderen Gesetze, deren Zahl an sich nicht ganz unbedeutend ist, aber gegen die der Constitutionen gehalten der Natur der Sache nach sehr klein erscheint. Viele allerdings von den Decreten und Rescripten (um von dieser weit überwiegenden Classe von Constitutionen allein zu sprechen) hatten gar keinen bleibenden Einfluß auf das Recht, es sind die, welche Rechtssätze anwendeten, deren Existenz keinem erheblichen Zweifel unterlag, so daß sie zu ihrer Feststellung nichts beitrugen. Aber es blieb nach Abzug dieser (und, wie sich ohnedieß von selbst versteht, der persönlichen Constitutionen) noch eine sehr beträchtliche Zahl solcher übrig, welche, indem sie sich von ihrer natürlichen Bestimmung, das bestehende Recht auszusprechen, nicht entfernten, doch durch Feststellung von entweder an sich oder in dem Umfang ihrer Anwendung ungewissen und bestrittenen Rechtssätzen auf das Recht einwirkten, und so dessen Fortbildung und Sicherung unterstützten. Endlich fehlte es auch nicht an Fällen, wo die Imperatoren die Ent-

---

m) Haubold (Spangenberg) monum. leg. 41. 48—50. 52. 55. 56. 61—63. [Bruns Fontes p. 189 sqq.] Das interessanteste dieser Monumente, nur nicht in juristischer Hinsicht, ist eine Oratio des Claudius über die an die Gallier zu verleihende volle Civität (Tac. XI 24), deren größten Theil zwei bronzene Tafeln zu Lyon in Abschrift enthalten (l. c. 41). [Ein anderes sehr merkwürdiges Monument, wahrscheinlich ein Edict des Augustus über die Wasserleitung in der von ihm gestifteten Colonie Venafrum, hat Mommsen gefunden und in der Zeitschr. für geschichtl. Rechtswiss. XV Num. 10. mit Erläuterungen herausgegeben. Ein Edict des Kaisers Claudius über das römische Bürgerrecht der Anauner im heutigen Nonsthal vom Jahre 46 wurde 1869 auf einer Bronzetafel in Cles oberhalb Trient gefunden: es ist von Mommsen im Hermes IV (1869) S. 99 f. herausgegeben und erläutert, der Text in der Zeitschr. für R. G. IX S. 179 f. wiederholt. Von geringerem juristischen Interesse ist das große Edict Diocletian's de pretiis rerum venalium vom Jahre 301 (Lactant. de mort. persec. c. 7) ad provinciales, das heißt aber nur an die Provincialen des diocletianischen Reichsantheils (Aegypten, Kleinasien, Griechenland), wo die bis jetzt bekannten von Mommsen (Verhandl. der sächs. Gesellsch. 1851) restituirten und erläuterten sechs Exemplare gefunden sind. Eine chronologisch geordnete Sammlung der außer den Codices und Novellensammlungen auf uns gekommenen Constitutionen besitzen wir jetzt in Hänel's Corpus legum ab imperatoribus Romanis ante Iustinianum latarum, quae extra constitutionum codices supersunt. 1857—60. R.]

n) So z. B. Hänel am Eingang des 5. Buchs seiner Ausgabe des gregorianischen Codex. — Vgl. überhaupt zu diesem Punkt Heimbach im Leipziger Repert. 1845 S. 1 ff.

scheidung einer einzelnen Rechtssache, die ihnen vorgelegt war, dazu benutzten, neue Rechtssätze einzuführen. Die ursprüngliche Bestimmung der Dekrete und Reskripte war dieß nicht, als Richter hatte der Princeps, wie ein anderer, nach dem vorhandenen Recht zu sprechen, nichts neues zu machen, und bei den Rechtsbelehrungen wurde von ihm Auskunft über das geltende Recht, um es auf den gegebenen Fall anzuwenden, nicht ein Recht für künftige Fälle erwartet. Aber diese Schranke war zu wenig gesichert, als daß sie gegen die Machtvollkommenheit des Imperators ausgehalten hätte. In manchen Fällen war es nach den Umständen unbedenklich, statt des bisherigen Rechts ein neues Gesetz in demselben Moment zu geben und auf den schon vorhandenen Fall anzuwenden; man hat ja stets zugegeben, ein Gesetzgeber könne unter Umständen ohne Tadel die Rückanwendung des Gesetzes auf frühere Fälle vorschreiben. Oefters setzte man sich denn auch, wo dieses Verfahren einem gewissenhaften Sinn bedenklich scheinen konnte, über die Unbilligkeit, eine neue Vorschrift durch sofortige Anwendung auf ein Rechtsverhältniß, bei dessen Entstehung man ein anderes Recht im Auge gehabt hatte, aufzustellen, ohne weiteres hinweg.[a])

War nun aber die Einwirkung der Constitutionen häufiger als die sonstige Gesetzgebung, so war sie auf der andern Seite bei weitem weniger durchgreifend, es waren nicht so eindringende Rechtsänderungen, die auf jenem Wege gemacht wurden, als die durch Leges und Senatusconsulta. Modificationen einzelner Punkte wurden durch jene Constitutionen vielfach vorgenommen, und unter der oben erwähnten ermäßigenden Mitwirkung der Juristen zur Wirksamkeit gebracht, Umgestaltungen von Rechtsinstituten, wie sie in der Form von Volks- und Senatsgesetzen vorgenommen wurden, kamen auf dem Weg der Decrete und Reskripte niemals vor.

C. Edicta magistratuum.

CXIV. Die Entstehung des Gegensatzes von ius civile und ius honorarium ist in der Geschichte der zweiten Periode erläutert, und seine Bedeutung untersucht worden. Dieser Unterschied wurde unter dem Einfluß der Wissenschaft und der Macht der Imperatoren so wenig beseitigt, daß er vielmehr diesen ganzen Zeitraum hindurch noch in seiner vollen Stärke besteht. Noch immer geht das Recht in diese beiden Hälften auseinander, deren Verschiedenheit nicht bloß eine äußere ist, nach den Organen, an welche sie sich anknüpfen, sondern zugleich eine innere, nach der Richtung, die sie verfolgen, nach den Principien, die sich in ihnen thätig erweisen. Es ist kein feindlicher Gegensatz, er hebt die innere Harmonie des Rechts nicht auf, ihr Verband ist der Ehe zu vergleichen, welche das Verschiedene einigt und versöhnt, ohne seine Unterschiede zu zerstören. An der Herstellung dieses sicheren Verhältnisses, worin beide Elemente ineinandergreifen, und jedem sein Platz angewiesen ist, der das Bestehen des andern nicht ausschließt, hat die Thätigkeit der Juristen keinen geringen Antheil. Sie entwickelte beide Rechte, jedes zu der ihm beschiedenen Vollendung, jedes aber als das Ergänzende des andern; der Gedanke eines Eingriffs in den Gang der Rechtsbildung, wonach die altnationale und das dem Einfluß allgemeinerer

---

a) Von dem Inhalt eines beträchtlichen Theils dieser Constitutionen wird man keine unrichtige Vorstellung erhalten, wenn man dabei an unsere authentischen Interpretationen und Declarationen denkt, die ihre Veranlassung in einzelnen Fällen, die Richtung auf Declaration des bestehenden Rechtes, aber zugleich nicht selten den factischen Erfolg haben, neues Recht zu setzen.

Anschauungen geöffnete Rechtsbewußtsein in besondere neben einander hinziehende Ströme geleitet waren, der Gedanke einer willkürlichen Durcheinandermischung lag ihnen so fern, daß keinem einzigen ein solcher Versuch in den Sinn kam.

Die Thatsache jenes Unterschieds war eine gegebene, entstanden würde sie in dieser Periode nicht sein. Ihre Gestaltung knüpfte sich an die eigenthümliche Stellung der republikanischen Magistrate, welche in ihrer Macht die Mittel besaßen, den Bedürfnissen der voranschreitenden Zeit durch Rechtssatzungen entgegenzukommen, und doch nicht die Mittel, ihren Bestimmungen die Kraft eines Gesetzes zu geben. Und nur für sein Amtsjahr setzte der einzelne Magistrat seinen Rechtssatz; das prätorische Recht, welches ein dauerndes Leben hatte, war nicht die Schöpfung Einzelner als solcher, sondern der ganzen successiven Reihe der Prätoren, als einer großen Einheit. Unter den Imperatoren wäre dafür kein Boden gewesen; wäre erst unter ihnen die Richtung in den Geist des Volks gekommen, durch die das prätorische Recht hervorgerufen wurde, so würden sie selbst diese Rechtsbildung in die Hände genommen, sie würden sie nicht den Prätoren überlassen haben, und das durch ihre Edicte sich bildende Recht wäre ius civile gewesen, wie es ja mit dem durch ihre Constitutionen wirklich eingeführten Recht in der That der Fall war.

Von der fortdauernden Thätigkeit der äußeren Organe, in welchen es entstanden war, hing die Fortdauer des entstandenen Ius honorarium nicht ab, ja sogar die weitere Entwickelung desselben setzte das Fortbestehen der alten Einrichtung, wonach die Magistrate jährlich ihre edicta perpetua erließen, nicht nothwendig voraus. Denn nachdem einmal jenes Recht zu einem eigenthümlichen Organismus herangewachsen war, hätte es auch durch andere Organe, durch die es in dieser Art nie entstanden wäre, in demselben Charakter, der ihm einmal gegeben war, fortgebildet werden können.[a]) Wenn wir daher fänden, daß etwa ein Imperator das jährliche Ediciren mit einem Mal abgeschafft hätte, so würde dieß nicht bloß keine Aufhebung des prätorischen Rechts in sich fassen, sondern sogar nicht einmal die Möglichkeit einzelner Weiterbildungen ausschließen.

Unter August und seinen nächsten Nachfolgern setzte sich der alte Gebrauch des Edicirens unverändert fort, der Prätor urbanus erließ beim Antritt seines Amtes sein edictum perpetuum, eben so der praetor peregrinus, ferner die Aedilen, in den Provinzen des Volks die Proconsuln und Quästoren, und die Präsides der Provinzen des Princeps erließen ebenfalls Edicte (§ 93), ohne Zweifel auch wie jene solche, die gleich am Anfang ihres Amts bekannt gemacht wurden. Mit jenem Gebrauch war auch die Möglichkeit fortwährender Aenderungen einzelner Abschnitte (partes, capita, clausulae, auch edicta genannt) gegeben; sehr bedeutend werden diese Zusätze oder Weglassungen kaum gewesen sein, sonst würden wir wahrscheinlich mehr Nachrichten darüber haben. Ulpian erzählt, das Edict: quod metus causa gestum erit, ratum non habeo, habe früher den Zusatz gehabt: »quod *vi* metusve causa«,[b]) ferner: C. Cassius

---

a) Daß dieß nicht eine bloße Möglichkeit ist, zeigen z. B. die Fälle des prätorischen Erbrechts, der bonorum possessio, welche die Lex Papia gab.

b) L. 1 D. quod metus c. (4, 2). Eben so spricht Venuleius von einem andern Theil des Edicts, wo einen Satz veteres nominatim adiiciebant, der überflüssig gewesen sei, L. 4 D. de itin. (43, 19). Vgl. auch L. 1 § 1 D. commod. (13, 6). Alle diese Bemerkungen scheinen sich indessen auf die älteren Edicte im Gegensatz gegen die neue Redaction unter Hadrian zu beziehen (Note r).

habe namentlich edicirt, daß er gegen ein Versäumniß wegen eingetretener außerordentlicher Festtage in integrum restituiren werde,[c]) wobei es freilich ungewiß bleibt, ob dieß in seinem edictum perpetuum, oder in einem besonderen Edict geschehen war, welches letztere sogar das Wahrscheinlichere ist. Entschieden dagegen wird von einem Zusatz gesprochen, den das Edict durch Julian erhalten hat.[d]) Ein weit bedeutenderes Argument für fortwährende Zusätze zu dem Edict, als in diesen ausdrücklichen Anführungen, die sich wahrscheinlich alle auf einen und denselben Zeitpunkt beziehen, liegt in den Leges und Senatusconsulta, durch welche solche Zusätze zum Theil entschieden, zum Theil wahrscheinlich veranlaßt worden sind, wie die Lex Falcidia, Julia et Papia, S. C. trebellianum u. s. f.

Diese durch einen solchen äußeren Anstoß veranlaßten Aenderungen mögen die hauptsächlichsten gewesen sein. Wenn wir uns in die Zustände dieser Periode hineindenken, müssen wir gestehen: die selbständige Einwirkung der Prätoren auf das Recht, wie sie das Bedürfniß früher hervorgerufen und ihre ehemalige Macht zugelassen hatte, paßte eigentlich nicht mehr in die jetzige Lage der Dinge. Als sich die Herrschaft der Imperatoren befestigt hatte, fiel es niemanden im Ernst ein, ohne den Willen des Princeps ein Gesetz beim Volk oder Senat in Vorschlag zu bringen, sollte ein Prätor in Rom es unternommen und durchgesetzt haben, eine wichtigere Veränderung auf eigene Faust mit dem Edict vorzunehmen? Man behielt die Form des jährlichen Edicirens bei, wie man die andern republikanischen Formen so viel als möglich stehen ließ, und die Principes gaben hin und wieder ihre Zustimmung oder auch den Anstoß zu Veränderungen, so weit solche in dem ausgebildeten Kreise des prätorischen Rechts passend schienen; das mußte aber irgend einmal ein Ende nehmen; auch ohne alles positive Einschreiten würde es dahin gekommen sein, daß sich endlich das edictum perpetuum, wie es sich herangebildet hatte, als etwas stehendes darstellte, an dessen weitere Veränderung man nicht mehr dachte.

Unbefangen betrachtet, sprechen nun die späteren Juristen in ihren Edictscommentarien und sonst von den Edicten der beiden Prätoren und der Aedilen durchaus so, daß dabei die Möglichkeit einer Abänderung durch einen nächsten Prätor als völlig beseitigt erscheint. Diesen Eindruck geben ihre Aeußerungen insgesammt, es fehlt aber auch nicht an einzelnen besonders prägnanten Stellen. So wenn Modestinus sagt: iure honorario obligamur ex his, quae edicto perpetuo vel magistratu fieri praecipiuntur vel fieri prohibentur,[e]) möchte man das vel magistratu nur für eine Erläuterung des Vorhergehenden halten, in der That aber will der Jurist ein Edict, das ausnahmsweise auch noch jetzt vorkommen kann, von dem Edictum perpetuum, das ihm nach diesem Gegensatz etwas stehendes ist, unterscheiden. Venuleius und Ulpian sprechen von Ausdrücken, die früher im Edict gestanden hätten, jetzt nicht mehr (Note b), und daß sie dabei das jetzige Edict als ein bleibendes betrachten, geht besonders aus einer Stelle hervor, wo von dem Edict über das Commodat gesagt wird: qui edictum concepit, commodati fecit mentionem, cum Pacuvius utendi fecit mentionem;[f]) offenbar ist hier von jemand die Rede, der das Edict, wie es

---

c) L. 26 § 7 D. ex. qu. caus. mai. (4, 6).

d) L. 3 D. de coniung. cum. emanc. (37, 8): — propter id caput edicti, quod a Iuliano introductum est, id est ex nova clausula —. Dieser Zusatz wird in L. 1 § 13 D. de ventre in poss. mitt. (37, 9) auch novum edictum genannt.

e) L. 52 § 6 D. de O. et A. (44, 7).

f) L. 1 § 1 D. commod. (13, 6).

jetzt ist, redigirt hat, ohne daß es von ihm herrührt. Ulpian tadelt einen Ausdruck im Edict: ait praetor: cuius de ea re iurisdictio est, melius scripsisset: cuius de ea re notio est;[g]) wäre das Edict damals noch jedes Jahr neu erlassen worden, so gab es für Ulpian wohl einen andern zweckmäßigeren Weg, eine Verbesserung zu bewirken. Die Aeußerung des Callistratus: Labeo scribit — sed contra sententiam eius edictum perpetuum scriptum est,[h]) hat ebenfalls dieselbe Färbung. Auch der Umstand, daß in dieser Zeit das Edict der Aedilen einen Anhang des prätorischen bildete,[i]) deutet sichtbar auf jene Thatsache hin. Wichtiger als alles dieses ist aber folgendes. Wie wir aus den vaticanischen Fragmenten sehen, ging zwischen Gaius (der noch das alte Recht vorträgt) und den späteren Juristen eine sehr bedeutende Veränderung mit dem Rechtsverhältniß der Procuratoren im Proceß vor, indem manche Procuratoren den solenn bestellten Vertretern (cognitores) mehr oder weniger gleich behandelt wurden. Das edictum perpetuum aber enthielt noch die alten Sätze, wie sie aus dem früheren Recht hervorgegangen waren, ohne jene Unterschiede zu machen.[k]) Dieß war undenkbar, wenn damals noch die Prätoren jährlich das Edict neu erlassen hätten. Die, welche die Fortdauer dieser Sitte behaupteten, haben sich auf die Worte Ulpian's berufen: si quis id, quod iurisdictionis perpetuae causa — in albo vel in charta vel in alia materia propositum erit, dolo malo corruperit, woraus das jährliche Proponiren und das fortwährende „Recht des Prätors, Zusätze zu machen," hervorgehen soll,[l]) aber abgesehen davon, daß diese Folgerung selbst sehr prekär ist, beruht dieses Argument auf der willkürlichen Voraussetzung, daß in jener Stelle gerade nur die Edicta perpetua gemeint seien.[m])

Aber wir sind veranlaßt, von den bisher angeführten Juristen der letzten Zeit noch weiter, bis auf Gaius zurückzugehen, dessen Aeußerung über die Edicte mit jenen übereinstimmt. Dieß hat auch in der That nichts auffallendes, eher könnte es befremden, wenn der alte, eigentlich schon seit August zu einem Anachronismus gewordene Gebrauch sich über die Mitte des zweiten Jahrhunderts hinaus erhalten hätte. Gaius nun[n]) sagt von dem ädilischen Edict, es werde in den Provinzen des Princeps nicht proponirt, weil dort keine Quästoren seien, wie in den Volksprovinzen. Die Quästoren, sagt er damit, proponiren das Edict der römischen Aedilen, sie haben die Jurisdiction derselben, und haben sie daher auch nach denselben Grundsätzen zu verwalten.[o]) Derselbe Ausdruck wie bei den Quästoren wird von den Präsides gebraucht, wir müssen

---

g) L. 5 pr. D. de re iud. (42, 1).

h) L. 1 § 1 D. de iure fisci (49, 14).

i) Theophil. paraphr. I 2, 7. So erklärt sich, daß Paulus (sent. I 15, 2) eine Vorschrift, die anderwärts als eine ädilische vorkommt, dem Prätor zuschreibt. Dieß ist der Prätor, dem die letzte Redaction des Ganzen angehört.

k) Fragm. vat. 317 in f. cf. 331. Savigny macht mich aufmerksam auf eine gleiche Erscheinung in dem Recht der Infamia, System des heut. R. R. II S. 546 f.

l) Hugo Gesch. des R. R. S. 803.

m) Die Stelle ist oben § 81 Note l erklärt worden.

n) Inst. comm. I 6: Ius autem edicendi habent magistratus populi romani. sed amplissimum ius est in edictis duorum praetorum, urbani et peregrini, quorum in provinciis iurisdictionem praesides earum habent. item in edictis aedilium curulium, quorum iurisdictionem in provinciis populi romani quaestores habent, nam in provincias caesaris omnino quaestores non mittuntur, et ob id hoc edictum in his provinciis non proponitur.

o) Sonst machten die Quästoren ihre eigenen Edicte, in Sicilien wurde ihnen erlaubt, darin von der lex hieronica nach Befinden abzuweichen Cic. Verr. III 7.

ihn ebenso verstehen, sie proponiren die Edicte der römischen Prätoren; schon früher war es gewöhnlich, daß die Provincialregenten sich die städtischen Edicte zum Muster nahmen, jetzt ist dieß eine Nothwendigkeit geworden.[p]) Dieß schließt besondere Edicte (oder Abschnitte) über eigenthümliche Provincialverhältnisse nicht aus, schon die früheren Provincialedicte enthielten eine Mischung von gemeinem und partikulärem Recht. Waren nun jene Edicte solche, welche die römischen Prätoren nach Ermessen stellten, und die noch immer wirklich von ihnen ausgingen, so wäre es schon unbegreiflich, daß sie für die Proconsuln als Gesetz galten, schlechterdings undenkbar wäre es für die legati caesaris in den imperatorischen Provinzen. Anders ist es, wenn es sich um ein für allemal festgestellte Edicte handelte, und noch mehr, wenn diese Edicte durch die Autorität des Princeps diese definitive Gestalt erhalten hatten. Das Ius edicendi war den Magistraten dadurch nicht entzogen, und sie konnten es auch perpetuae iurisdictionis causa noch ausüben (Note m), aber der Inhalt der edicta perpetua war von dieser Befugniß ausgenommen. In unsern Quellen werden brevia edicta erwähnt, zu denen auch Commentare von den Juristen geschrieben wurden. Diese sind eben die Edicte, die nach der Feststellung der perpetua den Magistraten zu erlassen noch gestattet war.[q]) Endlich ist auch Gellius, wenn er (X 15) einen Satz des prätorischen Edicts mit den Worten: verba praetoris ex edicto perpetuo — adscripsi, anführt, von dem ständig gewordenen Edict zu verstehen; er unterscheidet davon (XI 17) die edicta veterum praetorum, die in dem Tempel des Trajan aufbewahrt wurden. Diese Edicte waren nicht alle sehr alt, denn er zeichnet eines davon als ein älteres aus: tum in quodam edicto antiquiore ita scriptum invenimus.[r])

Das Resultat des Bisherigen ist: was sich schon aus allgemeinen Gründen erwarten läßt, daß die edicta perpetua als jährliche Erlasse der Magistrate mit fortwährender Möglichkeit einer Veränderung und Umgestaltung, sich nicht erhielten, dieß wird durch die Aeußerungen der römischen Juristen nach Hadrian,

---

p) Dieß wird durch das, was weiter unten in Beziehung auf die Municipalmagistrate zu bemerken sein wird, weniger auffallend erscheinen. — Auch Theophilus (paraphr. I 2, 7) versteht die Stelle des Gaius so. Er spricht daher zunächst nur von den Edicten der Prätoren und der Aedilen, und fügt hinzu: τὰ δὲ τούτων ἔδικτα ἐκράτει καὶ ἐν ταῖς ἐπαρχίαις. [In den kaiserlichen Provinzen hatten jedoch die Statthalter nur eine delegirte Gerichtsbarkeit und konnten deshalb am Civilrecht nichts ändern. Daher nennt Gaius im Edictscommentar für die Provinzen (ad edictum provinciale) immer nur den Prätor oder Proconsul, vgl. § 99 ff. R.]

q) Haubold de edictis monitoriis et brevibus 1804 (Opusc. II p. 201—246). Plinius (epist. V 21) spricht von einem breve edictum, das ein Prätor Nepos, qui lege de muneribus quaerit (dieß scheint die richtige Lesart, s. Haubold l. c. p. 212), proponirt habe. Es war ein solcher Prätor, der ein edictum perpetuum zu erlassen überhaupt nicht veranlaßt war. [Dieß Edict gehört also gar nicht hierher und die im Text erwähnten, angeblich von den Juristen commentirten brevia edicta sind nichts Anderes als Paullus' libri brevis edicti oder ad edictum de brevibus; darunter ist aber keine besondere Gattung von Edicten zu verstehen, sondern vielmehr Paullus kürzeres Werk über das allgemeine Julianische Jurisdictionsedict (edictum perpetuum) im Gegensatz von Paullus' größerem Edictscommentar über denselben Text. Die gleiche Bewandtniß hat es mit Callistratus' edictum monitorium. Es ist ebenfalls nur ein Commentar über Julian's Redaction, welche hier nur deshalb als monitorium edictum bezeichnet wird, weil ein wesentlicher Zweck des Edicts darin besteht, durch Proposition der richtigen Formeln u. s. w. Jedermann vor Schaden und vergeblichen oder unnöthigen Anträgen zu warnen. Vgl. Rudorff Zeitschrift für Rechtsgesch. III S. 28. 29. R.]

r) So ist auch der Ausdruck des Venuleius (L. 4 D. de itin. 43, 19) veteres nominatim adiiciebant (im Edict) von den Prätoren vor der letzten Redaction des Edicts zu verstehen, nicht von den Prätoren vor Augusts, wie Zimmern glaubt (Gesch. des röm. Privatr. § 40 Note 10), indem er ganz ohne Grund die Bedeutung von veteres bei den Juristen stillschweigend auf die Prätoren anwendet.

und durch andere Thatsachen bestätigt, welche jene Edicte als unveränderlich festgestellte voraussetzen. Es fragt sich nun noch: ist diese Veränderung von selbst und stillschweigend eingetreten, oder ist sie eine von einem Princeps absichtlich eingeführte Maßregel? Das letztere, und zwar, daß Hadrian dem Edict jene letzte Gestalt gegeben hat, wird durch folgende Zeugnisse bekräftigt.

Justinian, bei der Publication seiner Digesten, bemerkt, daß des großen Umfangs derselben ungeachtet vielleicht doch nicht alle Fälle darin entschieden seien; in solchen müsse die kaiserliche Entscheidung angerufen werden, und das sei nichts neues, sondern auch von dem Juristen Julianus »legum et edicti perpetui subtilissimus conditor« in seinen Schriften gesagt; aber auch Hadrian in compositione edicti et senatusconsulto, quod eam secutum est, verfüge auf gleiche Weise: ut, si quid in edicto positum non inveniatur, hoc ad eius regulas eiusque coniecturas et imitationes possit nova instruere auctoritas.[s]) Man sieht aus der Schlußanführung (die übrigens keine wörtliche sein sollte), daß es sich hier nicht um eine unsichere Tradition, sondern um eine Thatsache handelt, die urkundlich vorlag. Und zwar bezieht die Aeußerung, die Justinian nur unvollkommen referirt, sich offenbar auf die künftige Unveränderlichkeit des Edicts, und auf die dabei entstehende Frage über etwa nothwendig scheinende Supplemente, die von der Autorität der Imperatoren erwartet werden sollten. Eutropius (im vierten Jahrhundert) sagt bei dem Princeps Julianus, er sei ein Enkel gewesen des Salvius Julianus, qui sub divo Hadriano perpetuum composuit edictum.[t]) Dieselbe Notiz findet sich bei einem andern Schriftsteller derselben Zeit, nur daß dieser den Fehler begeht, die Arbeit dem Princeps Julianus zuzuschreiben.[u])

---

s) L. 2 (const. *tanta*) § 18 C. de veteri iure enucl. (1, 17). Dieselbe Constitution ist auch griechisch gegeben (const. δέδωκεν), hier wird gesagt, Hadrian habe jenes im Senat geäußert, als er das von den Prätoren jährlich Edicirte mit Hülfe Julian's in ein kurzes Buch zusammengefaßt hatte. Noch in einem andern Gesetz führt Justinian Julianus an mit dem Beisatz: praetoriani edicti ordinatorem.

t) Eutrop. VIII 9. Componere edictum kann allerdings auch von einer rein wissenschaftlichen Arbeit gebraucht werden, und in diesem Sinn sagt es Pomponius von Ofilius (§ 97), Eutrop aber hat es sicherlich nicht bloß davon verstanden. Der griechische Uebersetzer des Eutropius, Päanius, fügt hinzu: dieses διηνεκὲς διάταγμα werde noch jetzt das hadrianische genannt, in der italischen Sprache ἤδικτον περπέτουον. Der Name: hadrianisches Edict beruht vielleicht auf einem Mißverständniß des Metaphrasten, der von einem edictum D. Hadriani (über testamentarische Erbschaften Cod. VI 33) gehört haben mochte. Doch wird in einer Constitution Diocletian's (L. 7 C. de incol. 10, 40) auch eines edictum D. Hadriani gedacht, worin der Begriff des incola bestimmt wurde. [Richtiger wird man das componere edictum auf den Abschluß der jährlich wechselnden magistratischen Edicte beziehen. Die Grenzlinie zwischen der Gesetzgebung und Gerichtsbarkeit wurde nämlich so gezogen, daß die prätorische Nothgesetzgebung fortan aufhören und die Fortbildung des Rechts auf den Kaiser und sein consilium übergehen d. h. durch rescripta und responsa bewirkt werden sollte, wie es seit Hadrian in der That geschehen ist. Dagegen sollte die Proposition auf dem Album, als zur Jurisdiction gehörig, den Gerichtsbehörden bleiben: L. 7 D. de iurisdictione (2, 1) L. 1 C. de int. (8, 1), nur war das zu proponirende Edict von jetzt an das unabänderliche Julianische. In demselben Sinne ist das componere bei Ofilius zu verstehen, dessen Arbeit ebenfalls keine rein wissenschaftliche war, sondern einen Theil von Cäsar's Codification bildete. An eine rein wissenschaftliche Zusammenstellung des Gleichartigen ist nicht zu denken, diese hätte nicht als Composition des ganzen Edicts, sondern nur seiner einzelnen Abschnitte, der actiones, interdicta, exceptiones u. s. w. bezeichnet werden können. R.]

u) S. Aurel. Victor de caesar. 19: — quippe qui primus edictum, quod varie inconditeque a praetoribus promebatur, in ordinem composuerit. — Auf diese Nachrichten gründet sich auch die gleiche Notiz der Vorrede zur epitome legum v. 920 (Zachariae prochiron p. 292), worin noch ein Servius Cornelius als Mitarbeiter Julian's genannt wird. [Die wichtigste Notiz in dieser merkwürdigen Stelle — καὶ πρῶτος τὸ ἔδικτον ἐκτέθεικε περὶ ἑκάστης πραγματείας τὰ σποράδην συγκείμενα συναγαγὼν καὶ εἰς ἓν συνάψας τὰ περὶ γάμων ἐν

Haben diese Notizen in ihrem Zusammenhang mit allen jenen übrigen, die jene Veränderung mit den Edicten uns vor die Augen rücken, irgend etwas zweifelhaftes? In der That giebt es unter den unserer unmittelbaren Anschauung entzogenen Punkten der Rechtsgeschichte wenige, welche besser beglaubigt wären. Hier begegnet uns aber die auch sonst nicht seltene Erfahrung, daß die Wahrheit unter der Zumischung von Irrthümern nachhaltiger leidet, als durch einen totalen Irrthum. Frühere Rechtshistoriker haben nämlich jener Reform des Edicts unter Hadrian eine unermeßliche Bedeutung beigelegt, es sollte damit eine ganz neue Aera des Rechts begonnen haben, die Controversen der Juristen sollten dadurch entschieden worden sein, überhaupt war es in ihren modernen Vorstellungen ein neues Gesetzbuch, das Hadrian unter dem Namen des edictum perpetuum erlassen habe. Diese und ähnliche wüste und blinde Einfälle brauchen jetzt nicht mehr widerlegt zu werden, aber sie haben von der andern Seite eine Anstrengung der Kritik hervorgerufen, in welcher neuere Gelehrte auch den wahren Grund, über welchen her jene ihr ungestaltes Gebäude aufgeführt hatten, überrannten, und behaupteten, es sei mit dem Edict überall keine Veränderung vorgegangen, die irgend das Wesen dieser Rechtsquelle und den Einfluß der künftigen Prätoren darauf berührt hätte.[v])

CXV. Einen Gegenstand, der die Anwendung des Edicts betrifft, berühre ich hier erst, weil dabei die Frage entstehen kann, ob er mit der jetzt festgestellten neuen Einrichtung Hadrian's zusammenhänge. Der altrepublikanische Grundsatz war, daß jedes Edict nur für den Magistrat gilt, der es erlassen hat, nicht für einen andern, da keiner dem andern subordinirt ist. Es ist schon vorhin bemerkt worden, daß diese Beschränkung für das prätorische Edict, wie es unter der Autorität Hadrian's aufgestellt war, wegfiel; das bleibende Edict galt für die folgenden Prätoren und Aedilen, und auch für die Regenten der Provinzen. Diese Erweiterung seiner Anwendung ist nicht früher als mit jener Maßregel Hadrian's eingetreten. Unzweifelhaft hat nun das prätorische Edict auch verbindende Kraft für die Municipalmagistrate. Ist auch diese Ausdehnung seiner Wirksamkeit erst unter Hadrian zu setzen? Dieß hängt davon ab, ob wir die Beschränkung der Municipaljurisdiction für später oder früher halten (§ 92). Ist sie früher, welche Ansicht oben vertheidigt worden ist, so war auch schon früher das in dem vorhin erwähnten Grundsatz liegende Hinderniß gehoben, denn durch jene Beschränkung war, wenn auch nicht eine ausgebildete, doch immer schon eine Art von Subordination unter den Prätor, wie sie seit der Einführung der Consularen unter Hadrian entschieden stattfindet (§ 92), gesetzt. Der Prätor kam dadurch in den Fall, in einem vor dem Municipalmagistrat erhobenen Proceß thätig werden, ihn fortsetzen zu müssen, wenn die Sache bis zu solchen Verfügungen gediehen war, die jenem nicht zustanden;

ἐνὶ καὶ τὰ περὶ ἐπιτρόπων ἰδικῶς, ὁμοίως καὶ τὰ περὶ λεγάτων — καὶ ἁπλῶς ἕκαστα — ist von Leist Gesch. der röm. Rechtssyst. 1850 S. 62 so verstanden worden, als hätte sich Julian's Einwirkung auf das Edict darauf beschränkt, daß er das Civilrechtssystem (Dos, Tutel, Testament, Legat, d. h. Familienrecht und Erbrecht, also die libri singulares der Pandekten (§ 139), auf welche man schon früher (§ 99 c) das Sabinussystem reducirt hatte) in das Edict eingefügt, wie umgekehrt dieses in die Institutionenbücher aufgenommen worden sei. Allein das Civilrechtssystem bestand neben dem Edict unverkümmert fort, der Epitomator verwechselt den Edictscommentar des Gaius mit der Redaction des Julian und sein Servius Cornelius stammt aus Pomponius' Notiz über die beiden Bücher des Servius Sulpicius über das Edict und aus der Nachricht des epitomirten Dio Cassius (§ 81 r) über die lex cornelia. Vgl. Rudorff Zeitschr. für Rechtsgesch. III S. 39. 40. R.]

v) Hugo Gesch. des R. R. S. 795 ff.

was war natürlicher, ja im Ganzen nothwendiger, als der Municipalbehörde bei ihrem Antheil an dem Verfahren die Befolgung der Vorschriften des Edicts aufzulegen? So geschah dieß sicher hinsichtlich des edictum praetoris urbani in der lex rubria de Gallia cisalpina, in welcher ausnahmsweise in einigen Fällen die Befolgung des Peregrinenedicts vorgeschrieben war.[a])

Auf die weitere Anwendung des Edicts deutet der Abschnitt desselben: quod quisque iuris in alterum statuerit, ut ipse eodem iure utatur.[b]) Dieses Edict hat zwei Theile: der erste ist gegen die Behörde (qui magistratum potestatemve habebit, die letzten Worte begreifen auch die mandata iurisdictio) gerichtet, welche bei der Ausübung der Jurisdiction einer böslichen Abweichung von dem bestehenden Recht sich schuldig macht; der zweite gegen die Partei, welche auf eine solche widerrechtliche Verfügung angetragen und sie erlangt hat. Die Strafe besteht darin, daß sie, wenn sie später in einem gleichen Falle als Parteien auftreten, auf Verlangen ihres Gegners nach demselben Recht behandelt werden. Der erste Theil nun, mit dem wir es hier allein zu thun haben, konnte nie gegen den Prätor selbst, der dieses Edict für seine Amtszeit zu erlassen hatte, Anwendung finden, denn abgesehen davon, daß er während dieser Zeit nicht belangt werden konnte, würde kein anderer als er selbst es auf sich anzuwenden gehabt haben. Stand nun dieses caput edicti schon vor Hadrian in den prätorischen Edicten, so konnte es sich auf die Vorgänger des Edicenten in der Prätur beziehen,[c]) ferner auf die, denen er seine Jurisdiction mandiren würde,[d]) endlich auf die Municipalmagistrate. Als Theil des Edicts, wie es Hadrian eingerichtet hatte, war jene Vorschrift, da sie nun auf der Autorität des Princeps beruhte, auf alle Magistrate anzuwenden. Daß schon die früheren Edicte eine solche Vorschrift enthielten, ist nicht unwahrscheinlich, die Fassung derselben indessen, wie wir sie in den Digesten lesen, ist offenbar eine neue, welche in ihrer Form den Einfluß des Imperators verräth.

Weder von den älteren Edicten noch von dem unter Hadrian redigirten ist uns eine vollständige Abschrift zugekommen, wohl aber eine große Anzahl einzelner Sätze, theils wörtlich, theils wenigstens dem Inhalt nach in unseren übrigen juristischen und nichtjuristischen Quellen gegeben. Die vornehmste Quelle in dieser Beziehung und zugleich hinsichtlich der Ordnung des Edicts (nämlich des von Hadrian eingerichteten, von dessen Ordnung die der früheren sicherlich in vielen einzelnen Punkten abwich) sind die Excerpte aus den Edictscommentarien, die wir namentlich in den Digesten besitzen.[e]) Bei diesen letzten muß man nur nicht voraussetzen, daß jede Materie, die sie behandeln, auch

---

a) Es ist dieselbe Ansicht von der Angemessenheit eines solchen Verhältnisses der Municipien zu Rom, welche sich in dem Satz ausdrückt, daß das ius, quo urbs Roma utitur, ein Hülfsrecht für die übrigen Theile des Reichs sei Iulian. L. 32 pr. D. de legib. (1, 3).

b) L. 1 § 1 L. 4 D. quod quisque iur. (2, 2).

c) Cicero (ad Qu. fatr. I 1, 7) erzählt, daß (C. oder Cn.) Octavius als Prätor diese Maßregel befolgt habe: Qui in magistratibus iniuriose decreverant, eodem ipsis privatis erat iure parendum.

d) Cic. l. c. — parvi refert abs te ipso ius dici aequabiliter et diligenter, nisi idem ab iis fiet, quibus tu eius muneris aliquam partem concesseris.

e) Ihr Gebrauch für die Bestimmung der Edictsordnung ist erleichtert durch die Zusammenstellung der Reihenfolge der Materien nach den Ueberbleibseln aus den Commentaren (besonders von Pomponius, Gaius, Ulpian, Paulus und Julian's Digesten) von Jac. Gothofredus in seinen fontes quatuor iuris civilis. [Nächst ihnen kommen Gaius' Institutionen und die Noten des Valerius Probus aus dem Edict § 5, wahrscheinlich aus dem Commentar des Sextus Pedius Medivanus? Medama, worauf Huschke räth, ist keine Gemeinde) in Betracht. R.]

speciell in dem Edict selbst vorgekommen sei. Aus diesen Ueberlieferungen hat man vielfach versucht, die Sätze des Edicts zusammenzustellen, und auch wohl ihre Aufeinanderfolge im Edict zu bestimmen, was man dann eine Restitution des Edicts genannt hat.[f])

D. Responsa et sententiae prudentium.

CXVI. Wenn oben in dem Abschnitt von der römischen Rechtswissenschaft auch von dem Einfluß der Juristen auf das Recht gehandelt worden ist, so ist dieß so geschehen, daß dabei die Bildung und Entwickelung des Rechts überhaupt ins Auge gefaßt wurde; hier haben wir es mit diesem Einfluß von einer andern Seite zu thun, von der Seite der unmittelbaren Anwendung der Rechtssätze, wir sprechen von der Autorität der Juristen für den Richter. Dieser Gegensatz läßt sich mit Rücksicht auf das Subject, welchem wir dort und hier den Einfluß auf das Recht zuschreiben, auch so bestimmen: der Einfluß, den wir dort betrachtet haben, war der ganzen successiven Körperschaft der Juristen zuzuschreiben, hier sprechen wir von einem solchen, der schon den einzelnen Juristen zukommt.

Die Autorität der Juristen war eine wichtige Rechtsquelle für den Richter, ja man kann sagen die wichtigste, insofern keine andere häufiger und fortgesetzter benutzt wurde, als diese. Die Form, in welcher sie für ihn wirksam ward, war vor allem die altherkömmliche der Responsa.

---

f) Vgl. Haubold über die Versuche das prätorische Edict herzustellen, in Hugo's civil. Mag. II 14. Eine neuere Schrift über das Edict, mit einem solchen Versuch ist de Weyhe libri tres edicti etc. 1823 (van Reenen in fontes tres iuris civilis romani antiqui. 1840 p. 11 sq.) [Diese Restitutionsversuche konnten jedoch nicht gelingen, weil man die Zusätze der Commentatoren nicht ausschied und von der Bedeutung der Formeln, wie dem System des Edicts keine, oder doch nicht die richtige Vorstellung hatte. Indem man übersah, daß die Formeln den eigentlichen Kern des Edicts bilden, restituirte man nur die Edictsworte, obgleich dieselben die Formel lediglich ankündigen. Und was das System anlangt, so ließen sich aus den partes und libri singulares, in welche man die Commentare für den Schulgebrauch zerlegt hatte, zwar allenfalls die Pensa des späteren Rechtsunterrichts erkennen, nicht aber die leitenden Rechtsgedanken, nach denen Julian das Edict componirt hat. Ueber diese sind nunmehr die Arbeiten des Herausgebers (Rudorff) über die Julianische Edictsredaction zu vergleichen. Danach stellt sich das Edict als eine Proceßordnung dar, deren erster und wichtigster Abschnitt die actiones umfaßt, also aus den Legis Actiones des Civilrechts, den Schutzhandlungen der Parteien herstammt, während der zweite, welcher die interdicta, exceptiones, stipulationes enthält, die magistratischen Schutzanstalten des ius honorarium zusammenfaßt. Die actiones zerfallen, der natürlichen Ordnung des Processes folgend, in drei Abtheilungen: 1) die iurisdictio, d. h. die Proceßeröffnung durch den Magistrat, 2) die iudicia, die bedingte Proceßentscheidung durch den Magistrat, 3) die res iudicata, d. h. die Purification der Bedingung durch die Sentenz des Judex und deren Vollstreckung, oder in Ermangelung des Judiciums das Contumazialverfahren. Die iudicia theilen sich weiter in die beiden Classen der petitorischen aus dem Recht und der possessorischen aus dem Besitz, die petitorischen in die Rechtsaussprüche aus dem Sachen-, Obligationen- und Familienrecht. In den einzelnen Abschnitten ist die Erheblichkeit der Rechtsobjecte (Erbschaft, Grundeigenthum, bewegliche Güter) vorherrschender Gesichtspunkt. Nachdem auf diese Weise der Schlüssel des Ganzen ermittelt worden, wurde eine sicherere Herstellung des Einzelnen, so weit die Nachrichten reichen, möglich. Daher steht auch das Aedilenedict am Ende des Ganzen: die untergeordnete Polizeijurisdiction der Aedilen beschränkte sich auf Sclaven und Thiere. Innerhalb dieser Abschnitte sind die Rechtsmittel selbst möglichst nach ihrem Ursprung aus dem ius civile, honorarium und extraordinarium classificirt, während die sonstigen historischen Rücksichten, welche man im Edict hat finden wollen, namentlich die Legis Actiones, als veraltet zurücktreten. — Vorarbeiten enthalten die Aufsätze über die Julianische Edictsredaction (Zeitschr. R. G. III (1863) Num. 1 und die Proceßeröffnung nach dem Edict daselbst IV (1864) Num. 1. Eine Verbesserung des Systems und der Abschluß des Ganzen erschien unter dem Titel: De iurisdictione edictum. Edicti perpetui quae reliqua sunt ed. A. F. Rudorff. Lipsiae 1869. R.]

Das Respondiren blieb noch immer die eigentliche und unmittelbarste Berufsthätigkeit der Juristen. Es war in der zweiten Periode etwas durchaus freies hinsichtlich der Personen, der Form der Responsa, und ihrer Wirkung. In diesen drei Beziehungen trat in der gegenwärtigen Periode eine Modification ein.

Vergegenwärtigen wir uns die Lage der Dinge, als zuerst die Herrschaft Einzelner in der Republik sich zu befestigen anfing. Es kam darauf an, die im Staat mächtigen Elemente, die nicht umgestürzt werden sollten, an jene Herrschaft anzuknüpfen, ihre bisherige Unabhängigkeit zu verringern, allmählich aufzuheben. Wie dieß in Beziehung auf die Gewalt des Volks, des Senats, der Magistrate gelang, ist oben erzählt worden, es geschah mit geringerer Schwierigkeit, als man begreiflich finden würde, wenn man übersähe, wie sehr die Ereignisse des ganzen siebenten Jahrhunderts jene Wendung der Verfassung im achten vorbereitet hatten. Es würde unerklärlich erscheinen, wenn man unter der Republik, welche Cäsar und August zu besiegen unternahmen, die des fünften und sechsten Jahrhunderts sich vorstellen, oder den Geist, der das Ganze durchdrang, nach den einzelnen Spuren altrömischen Sinnes oder nach den Worten derer, die sich noch an die alten Erinnerungen anklammerten, bemessen wollte.

Unter allen Elementen, welche in dem damaligen öffentlichen Leben der Principat sich gegenüber fand, war keines so fest gegründet und in so unabhängiger Stellung als die Thätigkeit der Juristen. Getragen von dem Zutrauen des Volks, ruhend auf dem nationellsten Theil des Gemeinwesens, von keinem Staatsamt abhängig, gab ihr Beruf den Juristen eine von den Schwankungen der Verfassung unerschütterte, zwar nicht äußerlich sich vordrängende, aber auf die verschiedensten Seiten des rechtlichen Daseins und auf den Kern des Staats sich erstreckende Macht. Staatsmännern wie Cicero war diese Macht, wie aus vielen Aeußerungen seiner Schriften hervorgeht, höchst unbequem geworden; die wahre Jurisprudenz hat durch ihren gleichmäßigen, unbewegten Gang in politisch sich verwirrenden Zeiten stets dieses Schicksal gehabt. Vergebens sucht Cicero sich mit der hergebrachten Vorstellung zu trösten, die Jurisprudenz sei nur die zweite Kunst in öffentlichen Dingen (wie manche neuere Staatsbaumeister umsonst ihren lästigen Einfluß durch Ignoriren los zu werden suchen), vergebens sucht er das eine Mal den Spott, das andere den guten Rath hervor, um die Juristen zu bewegen, das nicht zu sein, wozu sie bestimmt waren; durch alle diese Versuche klingt das Gefühl hindurch, daß er es mit einem unüberwindlich gewordenen Gegner zu thun hat. Eine Abneigung gegen den Einfluß der Juristen und ihre zu wenig biegsame Art, die Dinge zu betrachten (eine Abneigung, die sich bei den meisten energisch reformirenden Herrschern aller Zeiten wiederfindet), mag bei dem Plan Cäsar's mitgewirkt haben, nach dem er wollte ius civile ad certum modum redigere, atque ex immensa diffusaque legum copia optima quaeque et necessaria in paucissimos conferre libros,[a]) er dachte vielleicht die Juristen dadurch entbehrlicher zu machen, wie manche neuere Regenten von Gesetzbüchern ähnliche Erfolge sich vorstellten. Caligula, der sich für einen zweiten Cäsar hielt, dessen Namen er trug, drohte den Juristen den Untergang: de iuris quoque consultis, quasi scientiae eorum omnem usum aboliturus, saepe iactavit, se mehercle effecturum, ne qui respondere possint praeter eum.[b])

---

a) Sueton. Iul. 44. (Vgl. § 97 p. 107 a).

b) Sueton. Calig. 34.

August war zu klug, um sich dem Gedanken hinzugeben, es könne ihm gelingen, den Einfluß der Juristen zu beseitigen oder nachhaltig zu beschränken, aber er empfand es als eine Nothwendigkeit, sie mit der neuen Verfassung auf irgend eine Art zu verbinden, und von ihr abhängig zu machen. Um dieß zu erreichen, mußte ihre Thätigkeit in einem gewissen Grad aufhören, eine Privatsache zu sein. Am vollständigsten würde dieß dadurch geschehen sein, daß man sie zu einem Amt gemacht hätte; dieß aber wäre eine der Natur der Sache durchaus widerstreitende, und unhaltbare Form gewesen. Er schlug einen Mittelweg ein: er verlieh das ius respondendi, die Responsa sollten sonach unter seiner Autorität gegeben, so sollte, wie er sagte, die Thätigkeit der Juristen nicht geschwächt werden, sondern vielmehr einen Zuwachs an Kraft erhalten.[c]) Auch eine Form wurde für die Responsa eingeführt, sie sollten schriftlich und versiegelt gegeben werden,[d]) um einer Verfälschung vorzubeugen.[e]) Bei jener Verleihung des Jus Respondendi blieben auch die folgenden Imperatoren stehen, sich begnügend, die wichtige Thätigkeit der Juristen auf diese Weise als eine von dem Principat ausgehende darzustellen, ohne in das Innere derselben einzugreifen. Daß man unter den späteren Principes wieder zu der alten republikanischen Sitte zurückgekehrt wäre, ist ohnedieß undenkbar, begreiflicher wäre es, wenn im Gegentheil das Recht zu respondiren einen immer amtsmäßigeren Charakter angenommen hätte. Wir finden keine Spur einer Veränderung dieser Einrichtung in dieser ganzen Periode, vielmehr spricht Gaius davon, als von einer fortdauernden,[f]) und ein Schriftsteller, der am Ende des vierten und Anfang des fünften Jahrhunderts lebte, Eunapius (im Leben des Chrysanthius) erzählt von einem gewissen Innocentius, der, wahrscheinlich noch unter Diocletian, die νομοθετικὴ δύναμις erhalten habe. Dessen ungeachtet haben Manche geglaubt, Hadrian habe jene Ertheilung abgeschafft, wobei man allenfalls zugiebt, daß seine Nachfolger sie wieder eingeführt hätten. Diese Meinung gründet sich lediglich auf eine Erzählung des Pomponius, die man auf eine kaum zu entschuldigende Weise mißverstanden hat.[g]) Pomponius, nachdem er erwähnt hat, daß durch August das Respondiren unter Autorität des Princeps eingeführt worden sei, und daß von da an die Gesuche um das Jus Respondendi als um ein Beneficium üblich geworden, fügt hinzu, Hadrian habe in dieser Beziehung auf ein solches Gesuch angesehener Männer rescribirt, es

---

c) Dieß bedeutet der Ausdruck *publice* scribere. Als der erste, der dieß that, wird Sabinus genannt Pompon. L. 2 § 47 D. de O. I. (1, 2).

d) Walter (Gesch. des R. R. S. 440) versteht die signata responsa von der „Beidrückung eines öffentlichen Siegels." Von einem „öffentlichen" Siegel ist keine Rede, und die „Beidrückung" ist ein Anachronismus; dieser Gebrauch der Siegel war den Römern unbekannt.

e) Alles dieses ist beglaubigt durch Pomponius a. a. O., welcher sagt: Et, ut obiter sciamus, ante tempora Augusti publice respondendi ius non a principibus dabatur, sed qui fiduciam studiorum suorum habebant, consulentibus respondebant. neque responsa utique signata dabant, sed plerumque iudicibus ipsi scribebant, aut testabantur qui illos consulebant. Primus divus Augustus, ut maior iuris auctoritas haberetur, constituit, ut ex auctoritate eius responderent, et ex illo tempore peti hoc pro beneficio coepit.

f) Gai. I 7: — quibus permissum est iura condere, ein Ausdruck, der keine Beschränkung auf die gegenwärtigen Juristen, aber auch keine Ausschließung derselben enthält. Die justinianischen Institutionen haben ihn in ein: permissum *erat* verwandelt.

g) L. 2 § 47 D. de O. I. (unmittelbar nach den in Note e angeführten Worten): *et ideo* optimus princeps Hadrianus, cum ab eo viri praetorii peterent, ut sibi liceret respondere, rescripsit eis, hoc non peti sed praestari solere, et ideo si quis fiduciam sui haberet, delectari se, populo ad respondendum se praepararet. Ergo Sabino concessum est a Tiberio Caesare, ut populo responderet etc.

handle sich nicht um ein Beneficium, das er ihnen ertheile, sondern um eine Gunst, die sie ihren Mitbürgern gewährten. Man sieht, es ist eine ehrende Anerkennung des Juristenberufs, die Pomponius nicht verfehlt, der Nachwelt zu überliefern; weder er noch ein anderer Jurist konnte diese Höflichkeit als eine Emancipation des Rechts zu respondiren von dem Einfluß des Princeps verstehen.[h])

Der dritte Punkt, in welchem das Recht der Responsa gegenüber den Zeiten der freien Republik sich geändert hat, betrifft die Wirkung derselben. Diese Wirkung war schon in jenen Zeiten höchst bedeutend, es wird kaum vorgekommen sein, daß ein Magistrat oder Richter über das Responsum eines angesehenen Juristen ohne sehr erhebliche Gründe, namentlich ohne die Autorität anderer Juristen für sich zu haben, sich hinwegsetzte, wie denn die auctoritas prudentium schon damals unter den Rechtsquellen aufgezählt wurde. Ja es läßt sich kaum sagen, daß ihre Wirkung reell sich erhöht habe. Formell allerdings, denn es wurde nunmehr eine äußere Nothwendigkeit für den Richter anerkannt, dem Responsum gemäß zu sprechen, wenn es in der gesetzlichen Form von einem mit dem Jus Respondendi bekleideten Juristen gegeben war. Dieß ergiebt sich aus der ganzen bisher beschriebenen Einrichtung selbst; sie hätte keinen hinreichenden ostensiblen Grund gehabt, wenn durch sie die Autorität der durch den Princeps ausgezeichneten Juristen nicht wenigstens formell erhöht worden wäre, denn es war keineswegs die Meinung, den nicht beliehenen Juristen die Ertheilung von rechtlichem Rath und Gutachten zu verbieten. Sodann sollten jene auctoritate principis respondiren, darin lag eine gewisse Theilnahme der Responsa an der Kraft, die den von dem Princeps ausgehenden Verfügungen zukam. Vollkommen bestätigt wird dieß dadurch, daß ausdrücklich gesagt wird, August habe die neue Einrichtung gemacht: ut maior iuris auctoritas haberetur, ferner durch die Vorschrift der Versiegelung, die den Sinn hat, den Richter gegen die Möglichkeit einer Verfälschung des von ihm unter Umständen als Gesetz zu befolgenden Gutachtens sicher zu stellen.[i]) Von der Bestätigung, die alles dieses durch die Stelle der Institutionen des Gaius erhält, wird unten die Rede sein, wo diese Stelle erst ihre volle Erklärung wird finden können.[k]) Die gesetzliche Kraft der Responsa trug übrigens nach der Natur der Sache selbst eine Beschränkung in sich, da stets mehrere Juristen gleichzeitig diese Auszeichnung hatten, von denen keiner dem andern vorging. So konnte es kommen, daß dem Richter verschieden lautende Responsa von beiden Parteien vorgelegt wurden, diese hoben durch ihre gleiche Kraft einander auf, und dem Richter stand es frei, für die eine oder die andere Ansicht sich zu entscheiden. Dieß ist eine nothwendige Folge der ganzen Einrichtung, für die wir keines besonderen Zeugnisses bedürfen, der Sache nach fand dasselbe schon bei den Re-

---

h) Vgl. Puchta Rhein. Museum VI 2. [Kleine civil. Schriften 1851 S. 297 ff.]

i) Als unterstützend mag bemerkt werden Seneca epist. 94, der als Beispiel eines Satzes, welcher auch ohne Beweise durch die Autorität des Sprechers gelte, die Responsa anführt: quo modo iurisconsultorum valent responsa, etiamsi ratio non redditur. Für sich könnte dieß allerdings auch von der Autorität verstanden werden, die den Responsa schon vor August zukam.

k) Hugo (Geschichte des R. R. S. 810 ff.) hat sich gegen diese Ansicht von der verbindenden Kraft der Responsa, die allerdings nicht immer mit den besten Gründen vertheidigt worden ist, schon in den früheren Ausgaben seines Werks erklärt, nicht weil er besondere Gründe dagegen hatte, sondern weil er die Gründe dafür nicht für hinreichend hielt. Dasselbe gilt von Zimmern Gesch. des R. Privatr. § 54. Von den besonderen Hypothesen, die man dagegen gestellt hat, wird sich bei der Stelle des Gaius, die sie veranlaßte, zu sprechen Gelegenheit finden.

sponsa vor August in Beziehung auf die ihnen damals zukommende Autorität statt.

Durch die neue Einrichtung wurden zwei Classen von Juristen scharf geschieden: die Juristen, welche das Jus Respondendi vom Princeps erhalten hatten, und die übrigen, welche zu dieser Auszeichnung noch nicht gelangt waren. Alle Juristen haben natürlich einmal zu dieser letzten Classe gehört, und viele sind gewiß nie über dieselbe hinausgekommen. Dieß hielt sie nicht von juristischen Berufsgeschäften ab, nur daß solche, wie oben bemerkt worden ist (§ 103), sich unter eine Art von Patrocinium eines Juristen der ersten Classe zu begeben, oder das Schülerverhältniß zu ihm auf diese Weise fortzusetzen pflegten. Auch Gutachten konnten sie geben,[l]) aber diese Gutachten hatten nicht die verbindliche Kraft, die eine Folge jener Concession war. Die naturgemäße innere Autorität, die unabhängig von dieser Concession noch immer hätte bestehen können, wie sie in alter Zeit, ehe man an eine solche Verleihung dachte, bestand, wurde von der äußeren Autorität der Juristen der ersten Classe (in denen man ja auch die innere Auszeichnung fand oder voraussetzte) neutralisirt. So geschah es, daß nur diese letzteren als auctores[m]) galten, und wirklich mit diesem Namen als iuris auctores bezeichnet wurden.[n]) Nur den älteren Juristen, welche der neuen Einrichtung vorhergingen, den veteres, wurde das Ansehen als auctores nicht entzogen, sie werden auch wohl veteres iuris auctores genannt.[o])

CXVII. Aber nicht bloß in den Responsa, die sie für einen einzelnen Fall abgaben, waren die Juristen eine Autorität für den Richter, sondern auch in ihren Schriften, ja, so häufig auch die ersteren vorkamen, diese letztere Form war die bei weitem ausgedehntere Weise ihres Einflusses auf die Anwendung des Rechts. Sie ist es, um deren willen oben die Autorität der Juristen die wichtigste Rechtsquelle für den Richter genannt wurde, in welcher er zugleich die übrigen für die unmittelbare Anwendung zubereitet vorfand. Die Autorität der in den Schriften niedergelegten Ansichten folgte von selbst aus der Autorität der Responsa, es konnte niemanden einfallen, den ersten die Autorität abzusprechen, welche die letzteren hatten. Dieß würde vorausgesetzt haben, daß man Ursache gehabt hätte, zu glauben, eine Rechtsansicht, die ein Jurist in einem von ihm verlangten Responsum ausgesprochen, enthalte zuverlässiger seine wohlbegründete Ueberzeugung, als die in seinen Schriften niedergelegte. Wenn aber eine solche Unterscheidung für zulässig gehalten worden wäre, so würde sie eher zum Nachtheil der Responsa ausgefallen sein, die dem Einfluß eines natürlichen Wunsches, dem Anfragenden durch Hoffnung gefällig zu sein, ausgesetzt sein konnten.[a]) Ueberdieß bestanden die Schriften selbst zum Theil

---

l) Qua aetate (decem et septem annorum) aut paulo maiore fertur Nerva filius et publice de iure responsitasse L. 1 § 3 D. de postul. (3, 1). Daß er das Jus Respondendi schon so jung erhalten habe, ist nicht anzunehmen, auch spricht Ulpian nicht von signata responsa, sondern nach dem Zusammenhang von solchen, mit denen mündlich vor Gericht die Anträge der Partei unterstützt wurden.

m) In dem Sinn von Cic. de orat. I 56.

n) S. z. B. L. 17 pr. D. de iure patron. (37, 14). Von den Juristen einer gewissen Schule: huius scholae auctores u. s. f.

o) Alex. L. 6 C. de donat. inter vir. (5, 16), vgl. L. 51 D. eod. (24, 1). Dirksen über die technische Bedeutung des Ausdrucks veteres und einiger anderer verwandter Bezeichnungen im R. R., in seinen Beiträgen (1825) S. 159—188. [A. Pernice Labeo I S. 5]

a) Vgl. die Anecdote, welche Cic. de orat. I 56 erzählt.

aus Responsa; die in diesen gegebenen Rechtsaussprüche in ihrer Autorität auf den einzelnen Fall zu beschränken, würde so viel geheißen haben, als sie den constitutiones personales zu assimiliren, und dadurch in der That der Autorität der Juristen einen durchaus unpassenden und fremdartigen Charakter zu geben. Nichts ist denn auch gewisser, als daß den Responsa jene weitere Autorität, und diese damit auch den übrigen Schriften zuerkannt worden ist, unsere Quellen, nicht bloß aus der folgenden, sondern auch aus dieser Periode sind voll von Anwendungen dieses Grundsatzes; wo sie sich auf die iuris auctores berufen, haben sie gerade die Schriften derselben im Auge.

Die Autorität der Schriften leitet sich ab aus der Autorität der Responsa, eben darum ist sie zugleich an die Voraussetzungen dieser letzteren geknüpft. So wie in der voraugusteischen Zeit es lediglich die öffentliche Meinung war, die den Responsa und damit auch den Schriften eines Juristen Autorität gab, so war es seit August die Concession des Ius Respondendi. Diese gab die Eigenschaft eines iuris auctor, und damit auch den Schriften das gesetzliche Ansehen, dessen die eines Juristen ohne jenes Recht nicht theilhaftig waren.[b] Wir dürfen annehmen, daß alle von späteren allegirten Juristen zu den iuris auctores gehörten (den veteres oder den durch jene Concession es gewordenen); dieß folgt aus der praktischen Tendenz ihrer Schriften, bei andern war es nicht von praktischem Interesse, ihre Ansichten zu kennen.[c] Sodann hatten die Schriften dieselbe äußere Autorität wie die Responsa,[d] eben darum aber war sie, wie die der Responsa im gleichen Fall, unwirksam, wenn zwischen den iuris auctores eine Verschiedenheit der Ansichten bestand, hier war der Richter auf seine Einsicht und Wahl verwiesen. Darum war die Gewissenhaftigkeit, mit welcher die Juristen das Dasein einer Controverse bemerken, von so großer Wichtigkeit.

In der bisherigen Untersuchung der auctoritas prudentium ist absichtlich von einer für diesen Gegenstand wichtigen Stelle des Gaius (I 7) direct kein Gebrauch gemacht worden, weil deren Erklärung sehr bestritten ist. Es soll nunmehr nachgewiesen werden, daß sie mit den gewonnenen Resultaten übereinstimmt, ja daß diese auf das Vollkommenste dadurch bestätigt werden. Die Stelle lautet so:

Responsa prudentium sunt sententiae et opiniones eorum, quibus permissum est iura condere. quorum omnium si in unum sententiae concurrant, id quod ita sentiunt, legis vicem obtinet, si vero dissentiunt,

---

b) Justinian bedient sich des Ausdrucks: — antiquorum prudentium, quibus auctoritatem conscribendarum interpretandarumque legum sacratissimi principes praebuerunt, libros — L. 1 (const. *Deo auctore*) § 4 de veteri iure enucl. (1, 17); damit bezieht er offenbar die vom Princeps verliehene Autorität auch auf die Schriften.

c) Daher konnte später diese Allegation als ein Kennzeichen der Autorität gelten: — quorum scripturae nullis auctoribus receptae nec usitatae sunt — Iustinian. l. c. Eine merkwürdige Anwendung dieses Mittels enthält das s. g. Citirgesetz von 426, dessen Inhalt in der vierten Periode dargelegt werden wird (§ 134).

d) Es ist ein seltsamer Einfall, daß nur die Responsa, nicht die Schriften zu dem ius scriptum gerechnet worden seien, den Zimmern (Gesch. des R. Privatr. § 14) durch L. 2 § 5 D. de O. I. (1, 2) unterstützt, worin zwar gesagt wird, die alten Prudentes hätten das ius quod sine scripto venit bearbeitet, aber nicht, daß es in dieser schriftlichen Bearbeitung ius non scriptum sei. Papinian ferner, wird zugegeben, zählt in L. 7 pr. D. de I. et I. (1, 1) nur die Organe des ius scriptum auf, und er nennt nicht die responsa, sondern allgemein die auctoritas prudentium, aber das soll nach Zimmern nur von den Responsa zu verstehen sein, die doch selbst nirgends, außer den justinianischen Institutionen, als Theile gerade des ius scriptum ausdrücklich aufgezählt werden.

iudici licet quam velit sententiam sequi, idque rescripto divi Hadriani significatur.

Bei der Interpretation dieser Stelle kann man auf eine doppelte Weise verfahren. Entweder man betrachtet es von vornherein als ausgemacht, daß Gaius das Wort responsa prudentium schlechthin in dem wörtlichen Sinn von Gutachten für einzelne Fälle und zwar in dieser ihrer besonderen Anwendung genommen habe, und sucht die Erklärung, die er davon giebt, so gut es eben gehen will, mit dieser für nothwendig gehaltenen Voraussetzung in Einklang zu bringen. Oder man entscheidet sich zum Voraus für keinen Sinn jenes Worts, nimmt vielmehr die Möglichkeit verschiedener Bedeutungen, in denen es gebraucht sein könnte, an, und läßt sich für die eine oder die andere durch das, was der Jurist selbst davon aussagt, bestimmen.

Auf dem ersten Weg hat Savigny die Stelle so erklärt, daß darin der Satz enthalten wäre: Responsa haben für den Richter Gesetzeskraft, so lang nicht entgegenstehende Gutachten gleichfalls autorisirter Juristen vorgebracht werden.[e] Dieser Satz ist an und für sich ganz richtig, er folgt, wie wir oben gesehen haben, von selbst aus der ganzen Einrichtung autorisirter Responsa. Aber daß er in der Stelle des Gaius enthalten sei, wird sich kaum darthun lassen. Quorum omnium si in unum sententiae concurrant soll hiernach heißen: wenn dem Richter keine entgegengesetzten Responsa vorgelegt werden; nun werden freilich entgegengesetzte Responsa niemals vorkommen, wenn alle Juristen einerlei Ansicht über einen gewissen Punkt haben, aber identisch sind beide Ausdrucksweisen nicht, da es geschehen konnte, und dieß war keine allzufern liegende Möglichkeit, daß auch wo nicht alle Juristen derselben Ansicht waren, dem Richter keine entgegengesetzten Responsa vorlagen.[f] Und wenn man auch sagen wollte, es sei zu erwarten gewesen, daß in diesem Fall die andere Partei nicht verfehlen werde, sich von einem dissentirenden Juristen ein Responsum zu verschaffen, so würde doch die Voraussetzung, welche die angeführten Worte enthalten, erst dann eingetreten sein, wenn man alle autorisirten Juristen um ihre Meinung gefragt hätte. Zu dieser letzteren Behauptung, deren Savigny mit Recht sich enthalten hat, haben sich in der That andere Gelehrte, die denselben Weg der Erklärung eingeschlagen haben, genöthigt gesehen.[g] Man ist dadurch auf den abenteuerlichen, durch nichts begründeten Gedanken gekommen, die sämmtlichen gleichzeitigen iuris auctores hätten eine collegialische Behörde gebildet, von welcher die verbindlichen Responsa ausgegangen wären, und jenachdem nun in diesem Collegium Einstimmigkeit oder nur eine Majorität zu erlangen gewesen, hätte das Responsum gesetzliche Kraft gehabt oder nicht.[h] Man sieht, diese Erklärungen enthalten entweder einen richtigen Satz, aber der nicht zu den Worten des Gaius paßt, oder sie entgehen dem letzteren Mangel, aber nur um den Preis eines baaren Irrthums.

Sehen wir einmal von dem technischen Ausdruck ab, mit dem die Stelle

---

e) Savigny System des heut. R. R. I S. 156.

f) Wenn man mit Schrader (Was gewinnt die R. Rechtsg. durch Cajus Inst. 1823 S. 36) annimmt, die Richter wären verpflichtet gewesen, bei den Juristen Responsa einzuholen, so könnte man allenfalls (doch auch nicht ohne Härte) das quorum *omnium* von allen den vom Richter Befragten verstehen, aber jene Annahme selbst ist nicht im mindesten begründet.

g) Zimmern Gesch. des R. Privatr. § 54 u. A.

h) Für den Ort, wo dieses angebliche Collegium sich versammelt hätte, würde man allenfalls eine Notiz in dem Scholiasten des Juvenal (I 128: »iuris peritus Apollo« — iuxta Apollinis templum iurisconsulti sedebant et tractabant) gehabt haben, wenn nur nicht das Collegium selbst eine bodenlose Fabel wäre.

beginnt, und den sie erläutern will, vergessen wir unser sonstiges Wissen von den responsa prudentium, und lassen wir uns unbefangen von Gaius darüber unterrichten, so spricht er von den Ansichten der Juristen, denen das iura condere gestattet ist. Er hätte den Ausdruck ius respondendi wie Pomponius brauchen können, er thut es nicht, er bedient sich eines allgemeineren, der nicht bloß das Respondiren in sich begreift. Eben so spricht er allgemein von sententiae et opiniones, auch diese Worte bezeichnen nicht eine besondere Form von Rechtsaussprüchen; die in den Schriften niedergelegten Ansichten werden ebensogut als die in Gutachten darunter zu begreifen sein.[i] Nun fügt er hinzu, und führt dafür ein Rescript Hadrian's an: wenn dieser aller Ansichten über irgend einen Satz übereinstimmen, so hat dieser dieselbe Kraft, wie wenn er durch eine Lex ausgesprochen wäre, bei einer Controverse kann der Richter zwischen den verschiedenen Ansichten wählen. Jedermann wird, wenn er sich nicht im Voraus durch das Wort responsa hat bestimmen lassen, die Ansichten, von denen hier die Rede ist, in den Schriften der Juristen suchen, er wird den Ausdruck allein für diese passend finden. Und für Gaius lag diese Form der auctoritas prudentium am nächsten; nicht bloß war für den Richter der Gebrauch der Schriften weit wichtiger und umfassender als die einzelnen Responsa, nicht bloß ferner paßten die Schriften besser als die letzteren in die Reihe der Leges, Senatsgesetze und Edicta Magistratuum, sondern in ihnen war allein die auctoritas prudentium vollständig enthalten, die Autorität der ganzen Reihe von iuris auctores, nicht bloß der gerade jetzt lebenden und thätigen. Es wäre höchst auffallend, wenn Gaius unter den Rechtsquellen ausschließlich einer ephemeren Autorität hätte gedenken, und das, worin der unendliche Reichthum dieser Quelle bestand, mit Stillschweigen übergehen wollen.[k]

Aber, haben wir nun noch zuletzt zu fragen, wenn dieß der natürlichste, ja den Worten nach der allein mögliche Sinn der Erklärung des Gaius ist, paßt er auch zu dem, was erklärt werden sollte? konnte Gaius die »responsa prudentium« auf diese Art beschreiben? Hier wird vor allem jedermann zugestehen, daß in dem Wort responsa jedenfalls die Gutachten nicht bloß während sie in dem einzelnen Proceß vorgelegt werden, sondern auch nachher begriffen sind, also auch die Responsa, insofern sie in den Schriften niedergelegt sind, wie dieß theils in allen Arten von Schriften, theils in besonderen Büchern dieses ausschließlichen Inhalts geschah. Diesen Theil der juristischen Literatur unter den responsa in der Stelle des Gaius zu verstehen, hat also ohnehin keine Schwierigkeit. Aber wir können dabei nicht stehen bleiben. Responsa prudentium war der herkömmliche Ausdruck für die Rechtsquelle, welche Gaius unter den übrigen aufführt und erklärt, und die Papinian mit dem allgemeineren Wort auctoritas prudentium bezeichnet. Er stammt her aus einer Zeit, wo die responsa die einzige Form dieser Autorität waren, neben die nachher noch der Einfluß durch die Schriften trat, der zuletzt, und schon vor Gaius, der wichtigere ward. Man behielt ihn als technischen Ausdruck bei, weil in der That

---

i) Alex. L. 6 C. de test. mil. (6, 21): — sententiis prudentium virorum et constitutionibus divorum parentum meorum placet —. Die sententiae des Paulus waren keine Sammlung von Responsa.

k) Wenn Pomponius bei der Aufzählung der Juristen nicht ohne Sorgfalt anmerkt, ob und wie viele Schriften ein jeder hinterlassen habe, und welche man noch besitze, so machen unsere modernen Anschauungen uns geneigt, darin nur einen literarisch gelehrten Apparat zu erblicken. Seine Absicht war eine andere, eine unmittelbar praktische, ihm waren diese Schriften eine Rechtsquelle, deren Kenntniß ein praktisches Bedürfniß war. So beginnt er denn auch seine Aufzählung mit der Bemerkung: ut appareat, a quibus et qualibus *haec iura* orta et *tradita sunt*.

auf jene Thätigkeit die Autorität der Schriften noch immer zurückgeführt, und fortwährend diese Autorität in der Form verliehen wurde, daß sie der Bezeichnung nach auf das ius respondendi sich zunächst bezog. Hätte Gaius die responsa im wörtlichen Sinn erklären wollen, so würde er sich ganz anders haben ausdrücken müssen, er würde gesagt haben: quae consulentibus dantur ab his etc., wenn er überhaupt eine Erklärung nothwendig gefunden hätte. Nun aber sagt er: Unter responsa prudentium sind hier zu verstehen die Ansichten der Juristen, die autorisirt worden sind, und seine Worte erhalten gerade dadurch ihren rechten Sinn, daß er eine über den Wortverstand hinausgehende Erklärung zu geben hatte.[l])

Wenn nun die Stelle auf die Responsa sich keineswegs beschränkt, so wird doch durch sie die gesetzliche Kraft, die oben diesen zugeschrieben worden ist, auf das unzweifelhafteste bestätigt. Kommt diese nämlich den Schriften zu, so müssen wir sie um so mehr auch den Gutachten zugestehen, von deren Kraft die der Schriften nur sich ableitet.[m])

CXVIII. Zu dem Juristenberuf gehörte noch immer auch die Theilnahme an der Errichtung und Abfassung von juristischen Geschäften, wenn auch diese Seite des Berufs mehr und mehr von den angesehenen Juristen als eine untergeordnete gemieden, und den Rechtsverständigen einer geringeren Classe überlassen wurde. Dieser Zusammenhang mit dem bisher behandelten Gegenstand mag hier einige Notizen über die Urkunden von rechtlichen Acten, die uns aus dieser Periode überliefert sind, Platz finden lassen. Diese Ueberbleibsel haben das besondere Interesse, daß sie uns einen Blick in das wirkliche Leben des Rechts gewähren, wodurch mancher einzelne Punkt eine bestimmtere Gestalt erhält, als in der Theorie, welche die Rechtsquellen davon mittheilen. An solchen Urkunden, die in diesem Sinn wahrhaft instructiv sind, besitzen wir freilich nicht viele, ungeachtet die Zahl derer, die uns ganz oder theilweise überliefert werden, beträchtlich genug ist.

Abschriftlich kommen solche Rechtsacte vielfach, wenigstens einzelne Sätze derselben, in den juristischen Schriften und andern Quellen vor, wo sie zum Behuf der Interpretation und rechtlichen Beurtheilung überhaupt mitgetheilt werden. Wichtigere Acte, deren Existenz gesichert und deren Kunde auf lange Zeit erhalten werden sollte, pflegten auf weniger vergänglichem Material, namentlich auf Metall oder Stein, aufgezeichnet zu werden. Dadurch sind uns nicht wenige Urkunden unmittelbar überliefert worden. Die allgemeinen Inscriptionensammlungen enthalten auch viele, die von unmittelbar juristischem

l) So drückt sich auch Theophilus (paraphr. I 2, 8) aus: Endlich setzen Recht die Kundigen. Unter diesen verstehe ich die vom Volk oder Senat oder Princeps zur Rechtssetzung autorisirten. Τὸ δὲ παρ' αὐτῶν νομοθετούμενον γενικῷ ὀνόματι κέκληται responsum prudentium τουτέστιν ἡ ἀπόκρισις τῶν σοφῶν, ἐπειδὴ κατὰ πεῖσιν καὶ ἀπόκρισιν ἐνομοθέτουν.

m) [v. Scheurl Beitr. zur Bearb. des röm. Rechts I (1852) S. 127 wendet ein, daß es sich 1) um eine äußere Geltung handele, bei der auch ganz willkürliche Beschränkungen denkbar seien, 2) daß die freiere Natur der schriftstellerischen Thätigkeit im Vergleich mit dem amtlichen Respondiren ex auctoritate principis ein relatives Mißtrauen gegen die bloß in jener Form vorgetragenen neuen Ansichten rechtfertigte. Er kehrt daher für Gaius' Zeit zu Savignys Ansicht (Note c) von der Beschränkung der Gesetzeskraft auf die Responsa zurück, und stimmt dem Vf. nur darin bei, daß er diese Gesetzeskraft des Responsum nicht auf den einzelnen Fall beschränkt wissen will. Da jedoch die Gesetzeskraft auch nach v. Scheurl nur dem allgemeinen Element des Responsum, der Rechtsansicht (sententia et opinio) beiwohnen soll, diese aber in einem Buch gewiß umständlicher begründet werden kann, als in einem Rechtsfall, so dürfte jenes „relative Mißtrauen gegen die juristische Literatur, insoweit sie iuris auctores zu Urhebern hatte", nur in den Note k zurückgewiesenen modernen Anschauungen ihren Grund haben. R.]

Interesse sind,[a]) es ist aber auch eine besondere Zusammenstellung der letzteren versucht worden.[b])

Einige der wichtigsten dieser Urkunden sollen hier genannt werden:

Eine Schenkungsurkunde, welche 1837 von Ritschl in einer handschriftlichen Sammlung von Inschriften zu Rom entdeckt worden ist. Herausgegeben hat sie Huschke mit einem vortrefflichen Commentar, in welchem auch auf einige andere Urkunden ähnlichen Inhalts erläuternd Rücksicht genommen ist.[c]) Ein gewisser Syntrophus schenkt seinen Freigelassenen ein Grundstück, mit der Auflage, daß dasselbe im gemeinschaftlichen Genuß des Beschenkten und seiner Mitfreigelassenen, ebenso ihrer Nachkommen und Freigelassenen sein und bleiben soll. Um diese Bestimmung zu garantiren, wird eine poenae stipulatio zwischen dem Schenker und Beschenkten geschlossen. Darauf folgt die Mancipation mit Zuziehung eines Antestatus, und die Tradition. Ueber alles dieses giebt die Urkunde ausführlich Zeugniß.

Eine obligatio praediorum (so nennt sich die Urkunde selbst, fälschlich ist ihr der Name tabula alimentaria Traiani gegeben worden), die weniger wegen ihres juristischen Interesses, welches nicht sehr groß ist, als wegen ihres außerordentlichen Umfangs bemerkenswerth ist. Sie ist auf einer mächtigen Bronzetafel ($10^1/_2$ Fuß breit, 5 Fuß hoch) in den Ruinen von Veleja bei Piacenza 1747 gefunden worden.[d]) Trajan hatte eine Stiftung zu Alimenten für arme Kinder gemacht. Von den Zinsen des gestifteten Capitals sollten eine gewisse Anzahl von Kindern monatlich etwas bestimmtes erhalten, mit Unterscheidung des Geschlechts und der ehelichen und unehelichen Geburt. Von dieser Stiftung war denn auch der Stadt Veleja ein bedeutendes Capital zugewiesen. Um dieses nutzbar zu machen, wurde es an eine große Anzahl von Personen, gegen Verpfändung ihres Grundeigenthums, ausgeliehen. Die Urkunde zählt nun die einzelnen Darlehnsempfänger auf. Bei jedem wird bemerkt, daß er, in Person oder durch einen Bevollmächtigten, sich gemeldet und den Werth seines Grundeigenthums zu so und so viel angegeben habe, daß er die und die Summe empfangen, und dafür folgende Grundstücke verpfänden solle.[e]) Diese werden nun (wenn es mehrere sind) besonders aufgezählt, mit besonderer Werthangabe, und der Bemerkung des Theils des gesammten ihm bestimmten Darlehns, für welchen sie haften sollen. Die Urkunde enthält also keines-

---

a) Die neueste und zweckmäßigste Sammlung dieser Art ist I. C. Orelli inscriptionum latinarum selectarum ampliss. collectio etc. 1828 II Vol. [Dazu Vol. III 1856 von Henzen. Eine vollständige Sammlung enthält das unter der Leitung von Mommsen herausgegebene Corpus inscriptionum Latinarum consilio et auctoritate academiae regiae Borussicae editum, von welchem bis jetzt erschienen sind Vol. I 1863 (die Inschriften bis Caesar) II 1869 (Hispania) III 1873 (Agyptus Asia Illyricum Dacia) IV 1871 (Wandinschriften von Pompeji Herculaneum Stabiä) V 1872 (Gallia Cisalpina) VI 1. 1877 (Rom). Zur Ergänzung dienen Mommsen's Inscriptiones regni Neapolitani. 1851.]

b) Ein solcher Versuch ist E. Spangenberg iuris rom. tabulae negotiorum sollemnium etc. 1822 (auch auf die spätere Zeit sich erstreckend), aber höchst unvollkommen und unkritisch. Das Corp. iuris anteiust. bonnense wird eine solche Sammlung enthalten. [Vgl. Bruns Fontes iuris Romani antiqui. Ed. 4 1880 p. 200—260.] — Bei dieser Art von Denkmälern ist übrigens Fälschung und Erdichtung vorzugsweise thätig gewesen, daher es besonders hier der Vorsicht bedarf, um nicht durch unächte getäuscht zu werden.

c) Huschke T. Flavii Syntrophi instrumentum donationis ineditum. Vratisl. 1838. 4.

d) Vgl. F. A. Wolf über eine milde Stiftung Trajan's Berlin 1803. 8. v. Savigny in den heidelb. Jahrb. 1809 S. 254 ff. Pietro di Lama tavola alimentaria veleiate, detta traiana etc. Parma 1819 4.

e) Z. B. M. Virius Nepos professus est praedia rustica deducto vectigali HS. CCCXDXXXXV n. Accipere debet HS. XXVCCCLIII n. et obligare fundum etc.

wegs die Verpfändung selbst, sondern nur eine Vormerkung der Personen, mit welchen sodann erst die einzelnen Contracte abgeschlossen werden sollten.[f])

Von Testamenten, die auf Stein oder Erz abschriftlich aufbewahrt wurden, sind mehre Bruchstücke erhalten. Eines der bemerkenswerthesten ist aus dem Testament eines Dasumius, wovon ein Stück 1820, ein zweites 1830 in Rom gefunden wurde.[g])

Zu den öffentlichen Acten gehören auch die Soldatenabschiede, von denen eine beträchtliche Anzahl existiren.[h])

Ferner sind zu erwähnen die Beschlüsse der Municipien und Collegien, deren die Inscriptionensammlungen eine große Zahl enthalten. Unter den letzteren[i]) ist hervorzuheben eine in Siebenbürgen aufgefundene Acte über die Auflösung einer Begräbnißgesellschaft.[k]) Ein ähnliches Collegium betrifft die interessante lanuvinische Inschrift, welche die Statuten desselben, woraus das Capitel des Senatusconsultum, wodurch Collegien dieser Art für erlaubt erklärt werden, enthält.[l]) [m])

---

f) Eine andere Urkunde gleichen Inhalts über ein von der trajanischen Stiftung den Ligures Corneliani Baebiani zugewiesenes Capital ist neuerdings im Neapolitanischen entdeckt worden, und wird in den Annali dell' instituto di corrispondenza archeologica herausgegeben werden. [Vgl. Henzen Tab. alim. Baebianorum 1843; Mommsen Inscr. regni Neap. n. 1354. Orelli III n. 6664.]

g) Vollständig abgedruckt in den Annali dell' instituto di corrispondenza archeologica, Jahrg. 1831 Heft 2. Restituirt und commentirt von Rudorff Zeitschr. für gesch. Rechtswiss. XII 10 (1845). [Aus dem 1. Jahrhundert n. Chr. stammt das Testament eines Galliers, von dem ein Theil, welcher sich auf die Erbauung und Erhaltung des Grabmonuments bezieht, abschriftlich erhalten ist; vgl. Kiessling Anecdota Basileensia 1863, Hübner in den annali dell' instituto 36 p. 200 sqq. Bruns Fontes p. 232.]

h) Platzmann praes. Haubold iuris rom. testimoniis de militum honesta missione, quae in tab. aeneis supersunt illustrati spec. 1818, vermehrt in Haubold opusc. acad. II p. 783 sqq. cf. p. LXXX sqq. Blume neue tabulae hon. miss., Rhein. Mus. IV S. 381 ff. Hänel kritische Jahrb. 1843 S. 761 ff. [C. I. L. III, 2 p. 843—919.]

i) Ueber die Beschlüsse der Curien s. § 91 Note e.

k) Massmann libellus aurarius sive tabulae ceratae et antiquissimae et unice Romanae in fodina auraria apud Abrudbanyam, oppidulum Transsylvanum, nuper repertae 1840. Huschke Zeitschr. für gesch. Rechtswissensch. XII 5 (1844). [C. I. L. III. p. 924.]

l) Mommsen de collegiis et sodaliciis Rom. 1843 p. 81 sqq. Huschke a. a. O. S. 207 ff. [Mommsen Zeitschr. XV Num. 10 § 4.]

m) [Von neuerdings aufgefundenen Urkunden sind noch folgende hervorzuheben: ein Decret der Dekurionen von Puteoli, die Genehmigung eines Superficiarvertrages betreffend, gefunden 1861, besprochen von Degenkolb in der Ztschr. f. R. G. IV (1865) S. 474 ff., ein Formular zu einer mancipatio fiduciae causae, 1867 oder 1868 in Andalusien gefunden, besprochen von Degenkolb in der Ztschr. f. R. G. IX (1869) S. 117 f. (vgl. S. 407), von Krüger in den kritischen Versuchen (1870) S. 41 ff. und von Rudorff in der Zeitschr. f. R. G. XI S. 52 ff., vgl. C. I. L. II n. 5042 — eine Anzahl von Schuldurkunden (Kauf Miethe Darlehn Depositum Sozietät), auf Wachstafeln geschrieben in den Jahren 139—162 n. Chr. und in den siebenbürgischen Bergwerken gefunden, gesammelt von Mommsen im C. I. L. III p. 921—959 — eine große Anzahl von Wachstafeln 1875 in Pompeji im Hause des L. Caecilius Jucundus gefunden, aus den Jahren 15. 27. 53—62 n. Chr., enthaltend theils Quittungen der Gemeinde Pompeji über die Pachtgelder für die an Jucundus verpachteten Gemeinde-Grundstücke, theils Quittungen von Privatpersonen, für welche Jucundus Auktionen veranstaltet hatte, über die Zahlung des Erlöses; herausgegeben von G. de Petra le tavolette cerate di Pompei 1876, besprochen von Mommsen im Hermes XII S. 88 ff. und noch einmal unter Verbesserung einzelner Lesungen Petra's in dem Giornale degli scavi di Pompei 1879 p. 70 sqq. — die Sepulcralrede auf die Turia 746—752 u. c., bearbeitet von Mommsen zwei Sepulcralreden 1864 (Abhandl. der Berliner Akademie 1863 S. 455 ff.) vgl. Huschke in der Zeitschr. f. R. G. V (1866) S. 161 ff. C. J. L. VI 1 n. 1527, und die Sepulcralrede auf die Murdia, ergänzt und erläutert von Rudorff in der Ztschr. f. R. G. IX S. 287 ff.]

Vierte Periode.

CXIX. Die Aufgabe, die wir uns gesetzt haben, ist die Geschichte des Rechts bei dem römischen Volk. Es könnte scheinen, sie sei mit dem dritten Jahrhundert unserer Zeitrechnung beendigt. In dem wüsten Tumult dieser Zeit verhallen die letzten Laute der alten römischen Nationalität, die sich bis dahin in stets abnehmender Stärke und Zahl noch hatten vernehmen lassen. Nur dem Namen nach, und kaum sogar dem Namen nach, kann seit dieser Zeit von einem römischen Volk die Rede sein. Als Rom im Jahre 248 seine tausendjährige Säcularfeier beging, hatte es in der That schon aufgehört, die regelgebende Beherrscherin des weiten Reichs zu sein, oder war im Begriff, diese Herrschaft zu verlieren; Italien zuerst und dann die Provinzen, ein Compact der verschiedensten Nationalitäten, nur äußerlich zu einem politischen Ganzen zusammengehalten, hatten angefangen, zu gleicher Höhe mit dem ehemaligen »domicilium imperii«, dem »caput rerum«, der »arx omnium gentium«, sich heranzudrängen, das römische Volksthum konnte sich nicht mehr rühmen, das pulsirende Herz, das belebende, auch fremde Nationalitäten assimilirende Princip des ungeheuren Staatskörpers zu sein. Dieses Schicksal Rom's und der römischen Nationalität war lange entschieden, als unter Constantin dem Ersten zu Byzanz, in dem entfernten Winkel einer Provinz, eine zweite, wichtigere Hauptstadt entstand; längst, als später selbst die westlichen Kaiser ihre Residenz von Rom weg verlegten, das römische Reich endlich, das im Westen 476 mächtigeren Fremdlingen erlag, erinnert nur durch einen conventionellen Sprachgebrauch an den Staat des römischen Volks, der seit Jahrhunderten in Wahrheit nicht mehr bestand.

Es ist die neue Zeit, welche mit Constantin beginnt, und unter Diocletian's Regierung sich vorbereitet hat. In dem Christenthum und seiner Wirkung auf die äußeren Verhältnisse liegt das innerste Leben der neueren Geschichte, und dieses ist damals in die Reihe der politischen Ereignisse eingetreten. Eine unermeßliche Kraft hat es schon damals zu entwickeln begonnen, nachdem es wie eine lange verborgen durch die verschiedenen Räume eines Gebäudes fortlaufende Gluth endlich zu einer hellen Flamme über den Giebel ausgebrochen war.

In einer Geschichte des Rechts, welche seinen Entwickelungsgang durch alle Völker hindurch zum Gegenstand hätte, würden wir das römische Glied dieser großen Kette in der That mit Diocletian's Regierung schließen müssen, oder, mit einem der Sache näheren Ausdruck, mit dem letzten römischen Juristen,

in welchem noch ein Funke des alten römischen Geistes seine Macht bewies, dessen Thätigkeit noch „Rom's ursprüngliche Seele verrieth." Wir würden mit Constantin die neue Aera beginnen müssen, in welcher das römische Recht, jenseits des Grabes seines Volks und Erzeugers, umwandelnd und umgewandelt ein neues Leben führt.

Anders aber stellt sich die Sache auf dem Standpunkt einer besonderen Geschichte des römischen Rechts. Hier erscheint uns die Zeit, in welcher das weiter reichende Auge den Anfang einer neuen Welt erblickt, als das Ende, welches eine Vergangenheit abschließt. Es ist derselbe Standpunkt, der uns das Sterben als das Ende des Lebens betrachten heißt, während es zugleich die Geburt für ein neues Leben ist.

Verfassung.[a]

CXX. Diocletianus kam 284 zur Regierung, und nahm 286 Maximianus zum Mitregenten, mit dem er das Recht theilte. Nach einer langen Regierung, deren Seele Diocletian war, entsagten sie 305. An ihre Stelle traten die schon seit 292 zu ihren Nachfolgern bestimmten Galerius (st. 311) und Constantius Chlorus. Dieser starb 306, sein Nachfolger war sein Sohn Constantinus der Erste (magnus). Er entledigte sich nach und nach der Neben- und Mitkaiser, und nahm von 323 an allein den Thron ein, den er bis zu seinem Tode 337 behielt. Ihm folgten seine drei Söhne Constantinus II, Constantius und Constans. Auch sie führten eine durch innere Fehden, theils unter sich, da sie die Verwaltung des Reichs getheilt hatten, theils mit andern Prätendenten, beunruhigte Regierung. Der erste kam um 340, die zwei letzten regierten bis 350, in diesem Jahr wurde Constans ermordet, Constantius regierte von da an allein bis 361. Nach seinem Tode kam zur Regierung des Reichs Julianus, der schon ein Jahr vorher zum Kaiser von seinem Heere ausgerufen worden war, und der eine kurze, dem Christenthum äußerst feindliche, von den damaligen philosophischen Lehrmeistern ersehnte und gepriesene, auch von neueren mit Gunst angesehene, im übrigen unweise Regierung führte bis 363. Bei seinem Tode wählte das Heer Jovianus zum Kaiser, der schon im folgenden Jahre starb. Nun wurde eben so Valentinian I gewählt, der seinen Bruder Valens zum Mitkaiser ernannte, und sich mit ihm dergestalt in die Verwaltung theilte, daß er die westliche Hälfte des Reichs, Valens die östliche übernahm. Valentinian regierte den Westen allein bis 367, von da regierte er mit seinem Sohn Gratianus, den er zum Mitkaiser annahm, bis an seinen Tod 375, hier ernannte Gratian, der selbst kaum mündig geworden war, seinen jüngeren Bruder Valentinianus II zum Mitkaiser, und theilte mit ihm die Verwaltung, nach Gratian's Tod 383 blieb Valentinian als alleiniger Regent des Occidents wenigstens nominell, er kam 392 um, 21 Jahre alt. Valens dagegen regierte den Osten allein bis 378, wo er im Treffen bei Adrianopel gegen die Gothen fiel.

---

a) Ueber diesen Gegenstand, besonders von der für uns wichtigsten Seite der Justizverwaltung, ist eine Schrift zu vergleichen, durch welche der Grund für eine richtige Auffassung desselben, im Ganzen und im Einzelnen, gelegt, und die Masse von Notizen, welche wir darüber besitzen, zu einem anschaulichen Ganzen gestaltet worden ist: Bethmann-Hollweg Gerichtsverfassung und Proceß des sinkenden römischen Reichs (Erster Band des Handbuchs des Civilprocesses 1834). [Neu bearbeitet im dritten Bande des „Civilprocesses des gemeinen Rechts in geschichtlicher Entwicklung" 1866.]

Nachfolger des Valens war Theodosius I, dessen Regierung mit dem Jahre 379 beginnt. Der Einfluß dieses tüchtigen Mannes erstreckte sich auch auf den westlichen Theil des Reichs, bis dessen Verwaltung nach Valentinian's Tod ihm auch nominell zufiel. Diese Vereinigung des ganzen Reichs unter eine Verwaltung dauerte nur kurze Zeit, schon 395 starb Theodosius. Er hinterließ das Reich seinen Söhnen Arcadius und Honorius, die er schon mehrere Jahre vorher zu Mitkaisern angenommen hatte. Sie theilten nach seinem Willen die Verwaltung, wie es für solche Fälle schon zur Gewohnheit geworden war, nach den westlichen und östlichen Provinzen des Reichs. Diese Theilung blieb von da eine ständige. Die Einheit des Reichs selbst sollte dadurch nicht aufgehoben werden, auch pflegte die orientalische Linie vermöge des Vorrangs, den ihr theils die Meinung, theils persönliche Verhältnisse gaben, einen gewissen Einfluß auf die westliche Regierung zu üben, nach und nach wurde durch die von Außen eindringenden Barbaren, und die voranschreitende innere Auflösung das Regiment der occidentalischen Kaiser ein höchst prekäres, und factisch gewöhnlich nur auf einen verhältnißmäßig kleinen Theil ihrer Länder sich erstreckendes, bis endlich auch der Name eines römischen Kaisers im Westen mit dem Jahr 476 verschwand.

Honorius erhielt den Occident und regierte bis 423. Ihm folgte (nach der bis 425 dauernden, von dem oströmischen Hofe nicht anerkannten Regierung des Johannes) Valentinian III, sieben Jahre alt, der 455 getödtet ward. Petronius Maximus riß die Regierung an sich, er wurde nach wenigen Monaten von den Seinigen auf der Flucht vor den Vandalen erschlagen, eben so wenig erhielt sich Avitus, der 456 entthront wurde. Majorianus übernahm die Regierung, wurde von der östlichen Linie anerkannt, verlor aber Thron und Leben 461. Ihm folgte Severus bis 465. Der westliche Thron blieb fast anderthalb Jahre erledigt, 467 wurde Anthemius zum Kaiser ernannt, und regierte bis 472. Olybrius, der an seine Stelle treten sollte, starb wenige Monate nachher. Nach ihm ließ sich Glycerius als Kaiser ausrufen, er wurde von Nepos besiegt, auch dieser mußte nach kurzer Zeit weichen. 475 wurde ein junger Mensch, Romulus Augustus genannt, von seinem Vater Orestes, der in seinem Namen regieren wollte, zum Kaiser gemacht. Es war der letzte für das weströmische Reich. Längere Zeit schon hatten die Anführer der fremden Truppen im römischen Reich über die Kaiserwürde verfügt, und die höchste Gewalt factisch besessen. Ein solcher, Odoaker, griff 476 zu, entsetzte jenen Romulus, und machte sich zum König von Italien.

Im Orient regierte Arcadius bis 408; ihm folgte sein Sohn Theodosius II, den er zum Mitkaiser angenommen hatte, damals ein Kind, er regierte bis 450 (während im Occident zuerst Honorius, und dann Valentinian III Kaiser waren). Nach ihm war Marcianus Kaiser bis 457, dann Leo I bis 474 (während im Occident Majorian, Severus, Anthemius regierten), nach Leo II, dessen Regierung 474 anfing und endigte, Zeno bis 491, hierauf Anastasius bis 518. Ihm folgte Justinus I, der 527 kurz vor seinem Tod seinen Neffen Justinianus zum Mitkaiser erwählte.

CXXI. Die Verfassung des Reichs, wenn wir darunter die Berechtigung der verschiedenen Glieder eines Staatskörpers verstehen, war die einfachste, die sich denken läßt. Sie besteht darin, daß der Kaiser, rechtlich betrachtet, das einzige Glied des Organismus ist, oder weil unter diesen Umständen von einem Organismus nicht die Rede sein kann, daß in seiner Person der ganze Staat

aufging. Der Schein der republikanischen Formen, der dem Reich der vorangegangenen Jahrhunderte noch äußerlich anhaftete, war weggeschwunden; an die Stelle der mit dem Alterthum begrabenen Republik eine gegliederte monarchische Verfassung hervorzutreiben, dazu fehlte dem erstorbenen Körper die Kraft. So blieb nichts übrig, als die rechtliche Form einer leeren Despotie, neben der sich nach den Umständen die factische Willkür der Unterworfenen, welchen keine Berechtigung zuerkannt wurde, im Weg der Gewalt oder List thätig erwies.

Der Kaiser ist unumschränkter Herr und Gebieter, vor welchem kein Element im Staate ein irgendwie selbständiges Dasein hat. Denn er ist zugleich das lebendige Gesetz, niemand kann sich ihm gegenüber auf das Gesetz berufen, das er in jedem Augenblick, nicht bloß für die Zukunft, sondern auch für die Vergangenheit verändern kann, und über welches er erhaben ist.[a])

Diese Herrschaft sollte sich auch über die Kirche erstrecken. Im heidnischen Rom war die Religion eine bloße Staatssache gewesen, dieselbe Stellung wurde auch für das Christenthum geltend gemacht. Auch diesem wurde der Charakter einer Staatsreligion beigelegt, den kirchlichen Verhältnissen suchte man eine politische Gestalt zu geben. Die kirchlichen Streitigkeiten, die dogmatischen Kämpfe erhielten eine politische Färbung, hinwiederum suchten politische Parteien ihren Interessen ein kirchliches Gewand zu geben, und sie dadurch zu unterstützen. Denn auf dem religiösen Gebiet war allein noch Geist und Energie, inneres Leben und kräftige That zu finden. In Beziehung auf das Verhältniß der Kirche zum Staat ist ein mächtiger Unterschied zwischen dem Orient und Occident. Dort gelang es den Kaisern in einem weit höheren Grad, als hier, sich zu Herren der Kirche zu machen. Die Despotie war in dem Orient heimisch, sie war eine angestammte Regierungsform, im Occident war sie ein fremdes Gewächs, welches in den Nationen nie feste Wurzeln zu schlagen vermochte. Dort gab sie dem Staat mitten in der allgemeinen Auflösung noch eine gewisse Kraft und ein compaktes Dasein, hier entzog sie ihm seine Stärke und beschleunigte seine Zerstückelung. Die zur Leitung der Kirche Berufenen gaben es im Orient zu, daß sie bis auf einen gewissen Grad vom Staat in sich gezogen ward, um den Preis des Einflusses auf die weltlichen Händel, der ihnen unter den östlichen Kaisern nicht entstand. Im westlichen Reich nahm die Kirche mehr die Richtung auf die ihr gebührende Selbständigkeit gegenüber dem Staat, obwohl sie auch hier später der Versuchung erlag, einer weltlichen Herrschaft theilhaftig zu werden.

So einfach auch die eigentliche Verfassung des Staats war, so verwickelt war seine Verwaltung.

Zum Theil ist dieß eine nothwendige Folge jener Einfachheit der Verfassung, welche alle selbständige Theilnahme untergeordneter Elemente des Staats aufhob, die gesammte öffentliche Thätigkeit centralisirte, und so einen Geschäftsmechanismus hervorbrachte, in welchem die Bewegung der äußersten Theile durch vielfach verknüpfte Fäden vom Mittelpunkt aus gegeben werden sollte. Es soll damit nicht gesagt sein, daß diese maschinenmäßige Regierungsweise wirklich durchgesetzt worden ist; dieß gelang damals so wenig, als in manchen neueren Staaten, in denen man dasselbe Ideal zu erreichen hoffte; die

---

a) Iustinian. Nov. 105 c. 2 § 4: πάντων δὲ δὴ τῶν εἰρημένων ἡμῖν ἡ βασιλέως ἐξηρήσθω τύχη, ἢ γε καὶ αὐτοὺς ὁ θεὸς τοὺς νόμους ὑποτέθεικε, νόμον αὐτὴν ἔμψυχον καταπέμψας ἀνθρώποις.

menschliche Natur, die sich, auch unbewußt, gegen eine solche werkzeugartige Behandlung sträubt, und die Macht der Dinge, die ein selbstthätiges Verhalten der einzelnen Glieder, eine bis auf einen gewissen Grad freie Maßnahme der Beamten, durch welche die Regierung geführt wird, fordert, wird stets eine Reaction gegen ein solches System hervorbringen. Aber diese Reaction veränderte die Einrichtungen nicht, die ein künstliches Netz von über einander stehenden Beamten über das Reich hinzogen.

Constantin trennte die Civil- und Militärverwaltung, indem er für jede besondere Behörden einrichtete. Auch hiedurch entfernte sich die neuere Administration von der Einfachheit der früheren, in welcher derselbe Provinzialregent den Militärbefehl und die sonstige Regierung führte. Den Anfang einer solchen Trennung hatte in gewissem Sinn schon August gemacht, indem er die Provinzen zwischen sich und dem Volke theilte, und sich diejenigen, in welchen die Heere standen, vorbehielt. Dadurch waren die Regenten der Volksprovinzen factisch zu bloßen Civilbehörden gemacht, während in den Provinzen des Princeps die Vereinigung beider Gewalten blieb. Bei einem im Verhältniß zur Ausdehnung des ganzen Reichs mäßigen Umfang der einzelnen Provinzen, und so lange die Gesammtregierung mächtig genug schien, konnte diese Concentration aller Zweige der Staatsgewalt in derselben Person unbedenklich erscheinen, und wir finden wirklich, daß später Justinian für mehrere Provinzen des Orients, die also dem Mittelpunkt der obersten Gewalt näher lagen, die alte Einrichtung wieder zurückführte. Unter Constantin aber, als durch die Einsetzung von Mittelbehörden zwischen dem Kaiser und den Vorstehern der Provinzen Beamte entstanden, deren Regierung sehr beträchtliche Theile des Reichs unterworfen wurden, wurde es für gefährlich erachtet, ihnen über einen so großen District die gesammte Gewalt zu lassen. Ja um auch ein Einverständniß zwischen den Civil- und Militärbehörden gegen den Kaiser zu erschweren, wurden die Sprengel der letzten ganz verschieden von denen der ersten eingerichtet, so daß die Eintheilung des ganzen Reichs in militärischer und in nichtmilitärischer Beziehung eine abweichende und sich durchkreuzende war. Ein Schritt weiter in dieser Trennung der Gewalten, die Scheidung nämlich der Rechtspflege von der übrigen Civiladministration, würde als eine Garantie für die Sicherheit und Integrität des Rechts unter den damaligen Umständen für die Unterthanen ein unberechenbarer Vortheil gewesen sein; da kein Interesse der Regierenden sie forderte, so dachte man nicht daran sie einzuführen.

Hatte sich nun auf diese Weise die Anlage der Verwaltung im Ganzen und Großen von der früheren Einfachheit entfernt, so trug endlich der ungeheure Andrang zum Staatsdienst dazu bei, ihr auch in ihren einzelnen Theilen eine zweckwidrige, dem gemeinen Wohl nachtheilige Gestalt zu geben. Dieser Zudrang wurde nicht bloß durch die sehr beträchtlichen pecuniären Vortheile, welche der Staatsdienst mit sich führte, sondern auch durch die Ehre, die damit verbunden war, veranlaßt. Man würde mit Unrecht diese Ehre bloß als eine Befriedigung der Eitelkeit auffassen, sie war vielmehr eine vermehrte Rechtsfähigkeit, und als solche von reeller Bedeutung.

Die Standesunterschiede, welche in dieser Periode auf das Recht einen Einfluß haben, zerfallen in zwei Classen, je nachdem sie auf einer selbständigen Grundlage ruhen, oder lediglich von dem Willen des Kaisers ausgehen. Zu den ersten gehören die aus der alten Zeit überlieferten Unterschiede zwischen Cives, Latini und Peregrini, mit ihren Unterabtheilungen, der Unterschied zwischen Freigebornen und Freigelassenen, zwischen Ehrenhaften und Infamen.

Diese Unterschiede bestehen auch jetzt noch, aber ihre Bedeutung verringert sich mehr und mehr, bis sie zuletzt, namentlich unter Justinian, entweder ausdrücklich aufgehoben, oder wenigstens außer Wirkung gesetzt werden. Dagegen hat ein anderer Unterschied sich zu bilden angefangen, der späterhin eine große Wichtigkeit erlangt hat. Dieß ist der zwischen Grundeigenthümern (possessores) und andern Unterthanen: Gewerbtreibenden, Tagelöhnern u. s. f. ohne Grundbesitz, für welche der Name plebs in einem besondern Sinn gebräuchlich wurde. In dieser Periode entstanden ist ferner ein Unterschied, der auf dem Verhältniß zur Kirche beruht: der zwischen Christen und Nichtchristen, und noch mehr der zwischen Rechtgläubigen und Häretikern, welcher in dem damaligen Recht von großem Einfluß war. Aber der letzte dieser Unterschiede nähert sich schon der zweiten Classe. Denn die Kaiser betrachteten ihn nicht als einen ihnen gegebenen, mit dem sie sodann nur bürgerliche Wirkungen verbunden hätten, sondern die Entscheidung der Frage selbst, wer als Orthodoxer oder Ketzer zu betrachten sei, zogen sie an sich. Indem sie aussprachen, daß nur der rechtgläubige Christ vollkommen rechtsfähig sei, bestimmten sie zugleich, wer als ein solcher gelten solle; die Qualification einer Person in dieser Hinsicht hing durchaus von dem Glauben ab, zu dem der Kaiser und sein Hof sich bekannte.

Einer der Standesunterschiede, die auf der Verleihung des Kaisers beruhen, ist der Patricitat, ein persönlicher Adel, als Nachahmung des alten Patricierstandes, aber jetzt nach Willkür von dem Kaiser gegeben. Ein Adel höheren Grads war der Nobilissimat, der Stand der kaiserlichen Familienglieder. Aber bei weitem wichtiger als diese Auszeichnungen war der Stand, den der Staatsdienst gab, Civil- und Militärdienst. Die Staatsangehörigen zerfielen dadurch in zwei große Classen: Staatsdiener und sonstige Bürger, die gar keinen Stand und Rang hatten. Daß mit dem öffentlichen Dienst in den höheren Stufen ein gewisses Ansehen verknüpft ist, das dem, der eine solche Würde bekleidet hat, auch nach ihrer Niederlegung bleibt, ja das auch auf seine Familie einen gewissen Glanz wirft, ist etwas natürliches, und wir finden diese Erscheinung schon in den Zeiten der freien Republik. Aber auch eine bestimmtere gesetzliche Auszeichnung gewisser Aemter ist schon in der vorhergehenden Periode zu bemerken, wohin namentlich die Ausscheidung des Senatorenstands von den anderen Bürgern gehört. In der gegenwärtigen Periode wird diese Beamtenaristokratie, die einzige, welche sich mit einer despotischen Regierungsform verträgt, noch fester und allgemeiner ausgebildet. Welche Befreiungen und Vorrechte der Beamtenstand überhaupt oder in den verschiedenen Rangstufen, und nach dem Unterschied zwischen wirklichen und bloßen Titularwürden, zwischen ausübenden Beamten und in Ruhestand versetzten, giebt, das wird in unendlich vielen Gesetzen dieser Periode bis ins Detail bestimmt.

Den ganzen damaligen Beamtenstand auch nur mit annähernder Vollständigkeit zu beschreiben, würde ein Buch verlangen. Hier soll nur eine allgemeine Uebersicht zu geben versucht werden. Wir haben dabei vor allem zwei Classen von Dienststellen zu unterscheiden, diejenigen, welche dem Beamteten den Charakter einer Behörde geben, dignitates, und die unteren Bedienungen, deren Inhaber für den Dienst jener Behörden bestimmt sind.

Eine neue Einrichtung war die durchgeführte Subordination der Behörden. Auf diese Unterordnung bezieht sich die Rangverschiedenheit, die für die Behörden durch die Ausdrücke: illustres, spectabiles, clarissimi festgesetzt und bezeichnet ward, so daß diese Rangclassen keineswegs bloß den persönlichen Rang,

sondern zugleich und hauptsächlich die amtliche Stellung angeben.[b]) Der clarissimus ist dem spectabilis, nicht unmittelbar dem illustris untergeordnet (sub dispositione) [c]), und hat von ihm Befehle zu empfangen, während der illustris niemanden über sich hat, als den Kaiser. So drücken jene Rangbenennungen in ihrer Aufeinanderfolge dasselbe aus, was die Eintheilung in iudices maiores, medii, minores.[d])

In einer noch specielleren Beziehung auf die Gerichtsverfassung, auf die auch jene Unterscheidung Einfluß hat, steht die Eintheilung der Behörden in iudices ordinarii und sacri. Jene sind die Richter erster Instanz, also unter den Civilbehörden die Vorsteher der Provinzen, diese diejenigen, welche vice sacra richten, d. h. die Jurisdiction des Kaisers ausüben; am vollkommensten gilt dieß von einigen illustres, indem von ihren Erkenntnissen eine Appellation so wenig, als von denen des Kaisers möglich ist; auch die andern illustres und die spectabiles werden zu den iudices sacri gerechnet, obwohl ihre Sentenzen nicht inappellabel sind. Die Bezeichnung als iudices sacri kommt daher, daß mit diesem Beiwort in dem officiellen Sprachgebrauch dieser Zeit (wie auch mit divinus) das unmittelbar auf den Kaiser sich Beziehende ausgedrückt wird.

CXXII. Die gesammten Dignitates zerfallen in Hof-, Civil-, Militärämter: dignitates palatinae, civiles, militares.

Von den dignitates palatinae sollen die erwähnt werden, welche für die allgemeinen Staatsgeschäfte bestimmt waren,[a]) theils schon in ihren besonderen Functionen, theils als Mitglieder des kaiserlichen Staatsraths. Dieser Rath des Kaisers, der schon in der vorigen Periode als consilium principis vorkommt (§ 112), hat seit Diocletian unter dem Namen des consistorium principis eine fest bestimmte Einrichtung erhalten.[b]) In diesem Consistorium wurde der Regel nach jede Verfügung, die von dem Kaiser unmittelbar ausging, berathen, also die allgemeinen Regierungsmaßregeln, die Gesetzgebung, und die Justizsachen, die zur Entscheidung an den Kaiser gelangten, wenn er die Untersuchung und Entscheidung nicht einem oder mehreren anderen Beamten auftrug, was das Gewöhnliche war. In dieser letzteren Thätigkeit als Gerichtshof hieß das Consistorium auditorium principis, so daß also unter diesem kein besonderes von dem Consistorium verschiedenes Collegium zu verstehen ist.[c]) Der Staatsrath hat theils ordentliche Mitglieder, theils außerordentliche, die nach

---

b) Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 43. [Civilproceß III S. 22.]

c) Durch den Ausdruck sub dispositione wird 1) im allgemeinen die Geschäftssphäre der Behörde bezeichnet, z. B. sub dispositione viri illustris Quaestoris: leges dictandae, preces. Notitia dign. Or. cap. 11; 2) insbesondere welche andere Beamten einer gewissen Behörde untergeben sind, worin denn zugleich liegt, daß die Behörde über die Angestellten, die unter ihrer dispositio sind, die Jurisdiction hat Böcking not. dign. Or. p. XI sq.

d) Es kommen noch zwei andere Rangclassen unter jenen vor: perfectissimatus und egregiatus. Diese aber bezeichnen nicht wie jene eine besondere amtliche Stellung, sondern nur den persönlichen Rang. Wenn daher z. B. ausnahmsweise der Vorsteher einer Provinz nur perfectissimus ist, so hat er dieselbe amtliche Stellung zu den vorgesetzten höheren Behörden, wie wenn er clarissimus wäre, aber er steht im Rang seinen Collegen mit dem letzteren Titel nach. Vornehmlich wurden jene beiden untersten Stufen gebraucht, um einen Bediensteten, dessen Amt keine dignitas war, mit einer persönlichen Dignität auszuzeichnen.

a) Auf die Person des Kaisers bezieht sich der Dienst des Oberkammerherrn, praepositus sacri cubiculi, und der beiden Commandanten der Leibwache, die Constantin an die Stelle der Prätorianer setzte, comites domesticorum, equitum und peditum. Sie sind illustres.

b) Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 109 ff. [Civilproceß III S. 17. 95 ff.]

c) Die Beweise s. bei Hollweg a. a. O.

Gelegenheit zu seinen Sitzungen berufen werden. Zu den ersten gehören die vier hohen Dignitarien, die sogleich genannt werden sollen, sämmtlich illustres, sodann eine beträchtliche Anzahl von spectabiles, welche comites consistoriani, oder comites primi ordinis in consistorio genannt werden. Jene illustres, die man Minister nennen kann, sind zugleich die vortragenden Räthe in dem Consistorium, jeder in den Angelegenheiten, die sich auf sein Departement beziehen.

Der erste derselben ist der quaestor sacri palatii, welcher den Vortrag in Gesetzgebungs- und Justizsachen hat, der zweite der magister officiorum, Hofmarschall, unter welchem die gesammte kaiserliche Dienerschaft steht; er hat die Einführung bei den feierlichen Audienzen, die im Consistorium gegeben werden; seit Arcadius, der das Amt der Präfecti Prätorio noch weiter beschränkte, als es schon von Constantin geschehen war, ist ihm die gesammte Postverwaltung, und das Kriegsmaterial untergeben.[d]) Der dritte ist der comes sacrarum largitionum, Finanzminister, der vierte der comes rerum privatarum, für die Verwaltung des kaiserlichen Privatvermögens. Hier mögen sogleich einige Notizen über die damalige Finanzverfassung Platz finden.

Die Unterscheidung von Fiscus und Aerarium ist völlig beseitigt, fiscus begreift das gesammte Staatsvermögen, davon wird das Privatvermögen des Kaisers, welches hauptsächlich in einem höchst beträchtlichen Grundbesitz bestand, unter dem Namen patrimonium principis unterschieden. Die Staatseinkünfte, deren Erhaltung und Beischaffung unter der obersten Obhut des comes sacrarum largitionum steht, kommen theils aus Staatsgütern und fiscalischen Rechten, theils aus directen und indirecten Steuern. Die directe Steuer heißt capitatio. Sie ist vor allem Grundsteuer, zu diesem Behuf ist das ganze Land im Steuerhufen (capita) abgetheilt, von denen jede einen im Werth gleichen Complex von Grundstücken (also je nach der Bonität der Grundstücke von größerem oder geringerem Umfang) enthalten sollte.[e]) Die Grundstücke wurden

d) Lydus de magistr. II 10.

e) [Der Geldwerth jeder zum Zweck der Grundsteuer gebildeten Steuerhufe (caput oder iugum) soll nach Walter über Niebuhr und Schultz 1834 S. 12—44, Gesch. des R. R. § 406 Note 10, 1000 Solidi (400,000 Asse), betragen haben; Walter beruft sich auf Nov. Maioriani de curialibus (ed. Haenel tit. 7) — per iugum, vel millenos solidos — per iuga singula seu singulas millenas — vgl. auch Nov. Valent. de pantapolis (et Haenel tit. 5), Cassiodor. Var. II 38, und knüpft daher die Grundsteuer an die alte Vermögenssteuer (tributum § 51 h. i.) an, obgleich letztere — was freilich Walter a. a. O. § 325 Note 44, jedoch aus mehr scheinbaren als überzeugenden Gründen läugnet — nach dem macedonischen Kriege nicht wieder eingeführt wurde, § 89 i-l. Dieser Meinung ist im Ganzen auch Savigny Verm. Schriften II N. 16 S. 189 f. beigetreten, nur will er der allgemeinen Vermögenssteuer die Grundsteuer substituirt wissen. Allein der vermeinte Geldwerth von 1000 solidi beruht auf einer falschen Lesart. In der Novelle Majorians steht binos per iugum vel millenas (nicht millenos) solidos remunerationibus deputatos compelli debere praecepimus. Sie verordnet also, daß von jedem iugum oder jeder Millene 2 solidi Erhebungsgebühren entrichtet werden sollen. Die Millenen beziehen sich mithin gar nicht auf Geldwerthe, sie sind vielmehr Ackermaße, von 1000 iugera, welche nur in Italien vorkommen und vielleicht nach den Latifundien des Licinischen Gesetzes (§ 57 g) benannt sind. In Africa werden statt derselben centuriae von 200 iugera erwähnt, welche nach der gracchischen Colonie benannt scheinen. Anderswo, namentlich in den östlichen Provinzen, bilden die iuga die Steuerhufen. Nov. 128 pr. c. 3 ὑπὲρ ἑκάστου ἰούγου ἢ οὐιλίων (lies μιλίων) ἢ κεντουρίων ἢ ἄλλων οἱωνδήποτε ὀνόματι L. 1 C. Th. de annona et tributis (11, 1). Es ergiebt sich also, daß die Steuerhufen in den verschiedenen Provinzen verschieden waren. Walter beruft sich zwar darauf, daß nach L. 4 § 5 D. de censibus (50, 15) auch Sclaven versteuert werden. Allein darunter sind ländliche Arbeiter zu verstehen, welche zum Gutsinventar gehören. Vgl. Zachariae von Lingenthal zur Kenntniß des röm. Steuerwesens in der Kaiserzeit in den Mémoires de l'Acad. de St. Petersbourg. VII Série To. VI n. 9 und Innere Geschichte des griechisch-röm. Rechts 1856 S. 196 (2. Aufl. 1877 S. 224). R. — Vgl. Marquardt Staatsverwaltung II S. 218 f.]

nach der Anmeldung des Eigenthümers (professio censualis), die sich auf alles, was für den Steueransatz von Einfluß war, erstreckte,[f]) in öffentliche Bücher eingetragen, und diese Cataster alle funfzehn Jahre von neuem angefertigt. Jährlich wurde nun der Steuersatz für dieses Jahr (größer oder kleiner nach dem Bedürfniß) ausgeschrieben, und unter die Capita vertheilt. Daher heißt das Steuerjahr indictio, es beginnt mit dem 1. September. Diese Einrichtung wurde zugleich zur Zeitrechnung benutzt, die mithin sehr passend nach Ereignissen geschah, welche die allgemeinste Wichtigkeit für Alle hatten. Die Zeit wurde in funfzehnjährige Perioden (Catasterperioden) zerlegt, von denen daher jede funfzehn Steuerausschreibungen begriff, jedes Jahr wurde selbst indictio genannt. Wenn daher gesagt wird, es sei irgend etwas in der ersten Indictio geschehen, so bedeutet dieß das erste Jahr eines solchen funfzehnjährigen Zeitraums. Welcher einzelne dieser Zeiträume gemeint war, mußte freilich, wenn ein Zweifel darüber entstehen konnte, noch besonders bestimmt werden. Es kommen Befreiungen von der Grundsteuer vor, theils persönliche, theils örtliche; zu den letzteren gehört die Befreiung der Städte mit dem ius italicum, welches daher auch in der gegenwärtigen Periode noch ein praktischer Rechtsbegriff blieb, und noch in den justinianischen Gesetzbüchern vorkommt. Dagegen hat Italien selbst unter Diocletian[g]) seine Steuerfreiheit in Folge der Theilung des Reichs zwischen jenem und seinem Mitregenten verloren. Außer der Grundsteuer gab es aber noch eine andere capitatio. Diese war theils eine Kopfsteuer, die auf die Personen gelegt war, die kein Grundeigenthum hatten, also keine Grundsteuer bezahlten; da außer den Grundeigenthümern (possessores) auch die in Amt und Würden stehenden Personen bis zu den Decurionen herab davon befreit waren, so traf sie die unterste Classe der Unterthanen (auch die Hörigen, coloni), und hieß daher capitatio plebeia; theils war sie eine Sclavensteuer, die der Eigenthümer von jedem Sclaven, den er besaß, zu entrichten hatte; theils endlich eine Viehsteuer, capitatio animalium. Dieser gegenüber werden jene beiden Personalsteuern (plebeia und Sclavensteuer) unter dem Namen capitatio humana zusammengefaßt.[h])

Unter den übrigen dignitates palatinae sind noch folgende zu erwähnen. Vor allem die tribuni et notarii, die Beamten der höchsten Reichskanzlei, spectabiles, welche im Consistorium bei der Verhandlung der allgemeinen Regierungssachen das Protokoll führen. Ihr Vorstand, der primicerius notariorum, ebenfalls spectabilis, aber von höherem Rang, ist selbst Mitglied des Consistoriums. Er hatte die Ausfertigung der Anstellungen zu überwachen, und das

---

f) L. 4 D. de censib. (50, 15).

g) [Diocletian wird auch in dem syrisch-römischen Gesetzbuch § 121 (§ 129 b) als Urheber der neuen allgemeinen Grundsteuerverfassung genannt. Vgl. Mommsen syrisches Provinzialmaaß und Römischer Reichskataster im Hermes III (1869) S. 429 f. Die Nachricht bezieht sich zwar zunächst auf Syrien, welches zu Diocletian's Reichsantheil gehörte, daß aber auch in Italien die neue Grundsteuer eingeführt wurde, scheint die Inschrift von Vulceii im urbicarischen Italien vom Jahr 327 zu beweisen, vgl. Mommsen inscr. Neap. n. 216. Die Byzantiner gehen freilich überall auf August zurück, allein ihre Berichte stehen unter dem Einfluß des Lucasevangeliums, welches den Census von Palästina als einen allgemeinen bezeichnet, während die Augustischen Vermessungen sich nur auf die Weltkarte des Agrippa bezogen, und in Betreff des Reichscensus nicht über die Vorarbeiten hinauskamen, vgl. Ritschl im Rhein. Mus. 1842 S. 481—621, Mommsen res gestae divi Augusti 1865 p. 124. R.]

h) Ueber alles dieses s. die (§ 88 Note e) angeführte Schrift von Savigny und ihre Nachträge (1842), Zeitschr. f. gesch. Rechtswiss. IX S. 28 ff. 41 ff. [Verm. Schriften (1850) II Num. 16 S. 185 f.]

Verzeichniß, in welches sie eingetragen wurden (laterculum), zu führen. Spectabiles sind auch die Vorstände der vier Bureau's (scrinia), in welche die kaiserliche Kanzlei abgetheilt war, magistri scriniorum: memoriae, epistolarum, libellorum, dispositionum, auch der Nächste in dem Scrinium ist zur Würde eines Spectabilis erhoben worden. Das zweite und dritte Scrinium fungirte bei den Sitzungen des Consistoriums als Gerichtshofs, jenes bei den Appellationssachen, dieses bei den Sachen erster Instanz. Das erste hat die Ausfertigung und Expedition der kaiserlichen Erlasse in diesen Sachen, das vierte ist zur Ergänzung für die übrigen Geschäfte hinzugefügt. In Beziehung auf ihre Functionen stehen die scrinia dem Quästor Sacri Palatii zu Gebot, der sich ihrer bedient, während sie selbst sub dispositione des Magister Officiorum sich befinden.

CXXIII. Dignitates civiles sind die Behörden für die Civilverwaltung in den verschiedenen Theilen des Reichs. Zu diesem Behuf machte Constantin eine neue geographische Eintheilung, die im Wesentlichen auch unter seinen Nachfolgern fortbestanden hat. Vor allem war das ganze Reich in vier Präfecturen getheilt, jede mit einem Präfectus Prätorio, illustris, der an der Spitze der gesammten Civilverwaltung (Justiz und Administration) dieses vierten Theils des Reiches stand. So hatte also die Gewalt des P. P. aufgehört, sich über den ganzen Staat zu erstrecken; sie war den früheren Imperatoren zu gefährlich geworden, als daß Constantin in der von ihm auszubildenden Verfassung sie hätte in der alten Gestalt stehen lassen können. Doch hatten die Präfecten (namentlich der am kaiserlichen Hof residirende, p. p. in comitatu) anfangs noch immer eine den früheren Zuständen analogere Stellung, erst durch Arcadius wurden sie gänzlich auf die Civilverwaltung ihrer Präfectur beschränkt, nur daß sie noch den ersten Rang unter den kaiserlichen Beamten behaupteten (daher sie in dem Staatscalender den Anfang machen), und der p. p. in comitatu nicht blos ordentliches, sondern, für die Angelegenheiten der Präfectur, auch vortragendes Mitglied des Consistoriums war. Von den vier Präfecturen enthält zwei der Orient: Oriens und Illyricum, zwei der Occident: Galliae und Italia. Nach der Aufhebung des weströmischen Reichs blieben nur die zwei ersten, dazu kam dann späterhin als eine dritte die von Africa. Jede Präfectur enthielt nun eine beträchtliche Anzahl von Provinzen, die bei weitem kleiner waren, als die der alten Zeit, auch Italien ist in solche Provinzen getheilt, so daß es also auch in Beziehung auf die Verwaltung die exemte Stellung, die es früher einnahm, verloren hat. Jede Provinz hat ihren Vorsteher (rector provinciae), der sie regiert und ordentlicher Weise die Justiz in erster Instanz über ihre Einwohner verwaltet. Einige dieser Provinzialvorsteher heißen proconsules (und diese haben den vornehmsten Rang unter ihnen), die meisten heißen praesides, mehrere aber führen einen andern Namen: consulares, correctores, was keine Verschiedenheit der amtlichen Stellung, sondern nur allenfalls des persönlichen Rangs anzeigt. Neben diesen Behörden stehen fiscalische Beamte, rationales (sacrarum largitionum), die an die Stelle der ehemaligen Provincialquästoren und Procuratores Cäsaris getreten sind, und die Finanzverwaltung, auch Jurisdiction in fiscalischen Sachen, haben; ferner Beamte für die Angelegenheiten des patrimonium principis, rationales rerum privatarum.

Es wurde für nothwendig befunden, zwischen dem Präfectus Prätorio und den Provincialvorstehern noch eine Mittelbehörde einzuschieben, angeblich

zur Erleichterung der Aufsicht auf die von dem Sitz des Präfectus zum Theil sehr entfernten Regenten der Provinzen, und der Appellation von den Urtheilen derselben. Vielleicht hatte der Wunsch, die Gewalt der Präfecten zu mäßigen, einen eben so großen Antheil daran. Dieser Mittelbeamte ist spectabilis, was eben sein Verhältniß zu dem Präfecten (illustris) auf der einen, und den Provincialregenten, die clarissimi sind, auf der andern Seite ausdrückt. Zu diesem Zweck wurden in jeder Präfectur eine größere oder geringere Anzahl von Diöcesen unterschieden, von denen jede mehrere Provinzen begreift. Der gewöhnliche Name eines solchen Diöcesanbeamten ist vicarius, er vertritt die Stelle des Präfectus in der Diöcese, so daß seine Functionen wegfallen, wenn der Präfectus selbst in der Diöcese gegenwärtig ist. Die Appellationen von den Urtheilen des Provincialvorstandes gehen an ihn oder an den Präfecten, nur mit dem Unterschied, daß die Entscheidung des Präfecten inappellabel ist, von der des Vicarius noch an den Kaiser appellirt werden kann. Einige Provincialvorstände aber waren von der Amtsgewalt des Vicarius, in dessen Diöcese sonst ihre Provinz gehört haben würde, eximirt, das heißt, sie waren selbst spectabiles, so namentlich die Proconsuln.[a])

Von dem Präfectus Prätorio bis zu dem Provincialvorstand herab gehen die kaiserlichen Behörden. Unter dem letzteren stehen nun aber mit Verwaltungs- und Jurisdictionsrechten die städtischen Beamten. Die städtische Verfassung ist im Wesentlichen dieselbe geblieben, wie in der vorigen Periode.[b]) Die Städte Italiens hatten noch immer ihre selbstgewählten magistratus, auf welche nun dieser Name ausschließlich angewendet wird, ebenso mehrere Städte außer Italien, die dieses Vorrechts ausnahmsweise theilhaftig geworden waren. Diese Municipalmagistrate hatten jene theils auf eine gewisse Summe, theils durch Entziehung mancher Rechtssachen beschränkte Jurisdiction, deren oben gedacht worden ist (§ 92). Auch waren manche Personen von ihrer Jurisdiction eximirt, hatten also ihre erste Instanz bei dem Vorstand der Provinz. In solchen Sachen, die vor die städtischen Behörden gehörten, war dieser die zweite Instanz. In den meisten Städten des Reichs fiel anfangs diese städtische Gerichtsbarkeit weg, weil sie an jener Verfassung keinen Antheil hatten. Dieß änderte sich in der zweiten Hälfte des vierten Jahrhunderts. Es wurde nämlich bald nach der Einrichtung der gesammten neuen Administration in allen Städten des Reichs, oder wenigstens der meisten Theile desselben, ein neues Amt eingeführt, das des defensor civitatis, oder plebis, oder loci.[c]) Diese Defensoren sollten von allen Bürgern der Stadt, nicht bloß von den Decurionen, und nicht aus diesen letzteren gewählt werden,[d]) ihr Amt bestand in dem Schutz der Stadt und der einzelnen Bürger gegen Bedrückungen und Widerrechtlichkeiten der kaiserlichen Beamten und ihrer Diener;[e]) sie üben es aus durch Beschwerde

---

a) Der proconsul Asiae hatte außer der seinigen noch zwei andere Provinzen unter sich, der proconsul Achaiae nur seine eigene, ebenso der proconsul Africae.

b) Ueber diesen Gegenstand ist auch für die vierte Periode die schon in der dritten angeführte Geschichte des R. R. im Mittelalter von Savigny Bd. I Kap. 2 zu vergleichen.

c) Früher heißen defensores dieselben Personen, die auch syndici genannt wurden, die Anwälte, welchen das munus, die Processe der Stadt zu führen, übertragen war. In dieser Bedeutung kommt der Name noch bei Hermogenian und Arcadius Charisius, also noch unter Constantin, vor L. 1 § 2 L. 18 § 13 D. de muner. (50, 4).

d) In beiden Rücksichten unterscheiden sie sich von den Magistraten. Erst Justinian hat in einem späteren Gesetz (Nov. 15 cap. 1) auch die Decurionen wählbar gemacht.

e) Zu diesem Behuf bedurfte man möglichst von den Rectoren unabhängiger Personen. Deshalb waren die Decurionen ausgeschlossen, und in demselben Gesetz, welches diese ausschließt, wird

bei dem Provincialvorstand, und wenn dieser ihr nicht abhilft, oder selbst der Verletzende ist, bei dem Kaiser oder Präfectus Prätorio. Diese Function haben sie in allen Städten, auch in den mit Magistraten versehenen, und sie nehmen unter den städtischen Obrigkeiten wegen ihrer eigenthümlichen Stellung, die ihnen eine gewisse Unabhängigkeit gegen den Vorstand der Provinz giebt, den ersten Rang ein. In den Städten ohne Magistrate haben sie überdieß auch eine beschränkte Jurisdiction, ähnlich den Magistraten, (iurisdictio contentiosa bis zu 50 Solidi, Justinian hat sie später auf 300 erhöht), so daß sie hier eine doppelte Function, außer jener allgemeinen noch die der Magistrate haben.[f])

So ist eine städtische Gerichtsbarkeit unter der höheren des Vorstands der Provinz ganz allgemein geworden, sie wird in Italien und einigen andern Städten durch magistratus municipales, in den übrigen durch die defensores ausgeübt. Sie ist vornehmlich Civilgerichtsbarkeit, eine criminelle steht diesen Behörden nur bei gewissen unbedeutenden Vergehen zu. Jene aber ist theils eine contentiose, theils eine freiwillige, in der oben (§ 92) bemerkten Art. Die freiwillige Gerichtsbarkeit wird von der Curie geübt, es ist gesetzlich bestimmt, wie viele Decurionen gegenwärtig sein müssen, damit der Act von dem Beamten gültig vorgenommen werden könne.[g]) Von solchen Verhandlungen vor den Curien, Protokollen über Errichtung und Eröffnung von Testamenten, Errichtung von Schenkungen, Käufen und andern Rechtsgeschäften, theils aus dieser, theils aus späterer Zeit, sind uns viele, mehr oder weniger vollständig, urkundlich überliefert.[h]) Dieselbe Theilnahme der Curie hat Savigny auch für die Ausführung der streitigen Gerichtsbarkeit behauptet,[i]) anderer Meinung ist Hollweg.[k]) Unter der germanischen Herrschaft hat diese Theilnahme unstreitig stattgefunden, es kommt also nur darauf an, ob sie schon auf die städtische Jurisdiction unter den römischen Kaisern zurückzuführen ist, wobei es noch immer möglich wäre, daß sie in den germanischen Reichen eine von ihrer ursprünglichen Gestalt mehr oder weniger abweichende Ausbildung erhalten hätte. Hier scheint nun folgende Erwägung der damaligen Zustände für eine irgendwie gestaltete Theilnahme der Curie entscheidend zu sein. Von jeher war den Römern eine collegialische Einrichtung der Jurisdiction fremd, von jeher aber wurde zugleich dafür gesorgt, daß die Gewalt des Einzelnen in ihrer Ausübung gemäßigt würde. Zu den Anstalten, die diesen Zweck hatten, gehörte einmal die alte Ordnung des Processes, wodurch die Entscheidung regelmäßig nicht dem Magistrat, sondern einem oder mehreren von ihm zu instruirenden Judices übertragen war, sodann die Sitte, daß der Magistrat ein Consilium von

---

auch das Dienstpersonal des rector provinciae (cohortalium corpus) für unfähig dieses Amtes erklärt L. 2 C. de defensor. (1, 55).

f) Diese zweite Function ist wahrscheinlich erst nachher hinzugekommen, doch jedenfalls sehr bald, denn ein Gesetz von 365, das erste uns erhaltene, worin das Amt der Defensoren vorkommt, spricht ihnen schon die Jurisdiction zu L. 1 C. de defensor.

g) Zur Aufnahme eines Rechtsgeschäfts zu Protokoll (confectio gestorum) ist die Anwesenheit von wenigstens drei Curialen, außer dem Magistrat und dem Gerichtsschreiber (exceptor) erforderlich L. 151 C. Th. de decur. (12, 1) von Honorius (wegen der Lesart vgl. Hänel in seiner Ausgabe) Nov. Valent. tit. 19 de trib. fisc. § 10.

h) Eine sehr reichhaltige Sammlung solcher Urkunden enthält Marini i papiri diplomatici raccolti ed illustrati Rom 1805 fol. (Vgl. Savigny Gesch. des R. R. im M. A. I S. 3 f.) Aus ihr und andern hat Spangenberg die (oben § 118 Note b) angeführte Sammlung veranstaltet.

i) Savigny a. a. O. § 26 S. 104—106 (der zweiten Ausg.).

k) Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 130 f. [Civilproceß III S. 106 f.]

Assessoren um sich hatte, welches ihn berieth. Jene Ordnung wurde nun schon am Anfang dieser Periode aufgehoben, die Justizbehörde sollte selbst untersuchen und entscheiden, ohne Judex, alle Processe sollten extra ordinem, im alten Sinne dieses Worts, verhandelt werden. Die zweite Einrichtung dagegen blieb, ja es ist natürlich, daß sie eine bestimmtere Ausbildung erhielt, theils dem allgemeinen Charakter dieser Zeit gemäß, theils weil sie als die einzige von jenen beiden Garantien gegen willkürlichen Gebrauch der Amtsgewalt übrig gelassen war. Der Kaiser hatte einen Gerichtshof in seinem Consistorium, ein Gerichtshof steht auch dem Präfectus Prätorio zur Seite, die rectores hatten Assessoren, die von ihnen ernannt, aber von dem Staat besoldet wurden. Einen solchen Assessor oder mehrere zu haben, lag im Interesse des Beamten selbst, da er durch sie in der Amtsführung unterstützt wurde, er trug ihnen die Conception der Schriften und andere einzelne Geschäfte auf, so daß mit einem geschickten Assessor einem trägen Beamten sehr wohl gedient war.[l]) Ferner wurde zwar jetzt von dem Beamten selbst Rechtskenntniß verlangt, was in früherer Zeit nicht der Fall war,[m]) dennoch aber konnten viele der Hülfe eines Rechtskundigen nicht entbehren, und auch darum waren tüchtige Assessoren sehr gesucht. Aber es war nicht bloß das Interesse des Beamten, welches dahin führte, das Institut der Assessoren als ein öffentliches zu behandeln, und eine Besoldung für sie auszusetzen. Sicher war es denn auch nicht der Willkür des Beamten überlassen, ob er Assessoren haben, sie bei der Rechtspflege zuziehen, und um ihre Meinung fragen wollte oder nicht, obwohl man sich von dem herkömmlichen Grundsatz der Einzelngewalt nicht so weit entfernte, den Assessoren eine entscheidende Stimme zu geben, und so eine eigentlich collegialische Rechtspflege einzuführen. Wie war es nun bei den Municipalmagistraten? Sollten diese allein unter allen Justizbehörden ohne Zuziehung Anderer die Justiz verwaltet, oder sollte man sie bei ihnen allein in ihre Willkür gestellt haben? Das scheint undenkbar. Auf der andern Seite werden nirgends angestellte Assessoren bei ihnen erwähnt.[n]) Beides vereinigt sich auf das einfachste, wenn die Magistrate ihr Amt in und vor der Curie verwalteten, so daß die Curialen ihre Beisitzer waren, von welchen wenigstens eine gewisse Zahl gegenwärtig sein wußte. Dieß ist für die iurisdictio voluntaria unbestritten der Fall gewesen, nach dem Bisherigen wäre es nun höchst auffallend, wenn es nicht auch für die contentiosa gegolten hätte. Auf dasselbe Resultat werden wir endlich durch die Nachrichten über den Ort der gerichtlichen Verhandlungen geführt. Ursprünglich wurden die Gerichte auf offenem Markt, und somit in vollkommenster Oeffentlichkeit gehalten. Schon in der dritten Periode begann man geschlossene Räume vorzuziehen, obwohl mit freiem Zutritt des Volks. In dieser Zeit wurde dieß immer gewöhnlicher, und endlich die allein übliche

---

l) Die Assessoren pflegten darum häufig neben dem öffentlichen Salarium noch einen besonderen Gehalt von dem Beamten zu bekommen.

m) Schon Alexander wollte, daß die Beamten das Fach, für das sie angestellt waren, verstünden, man solle die anstellen, die das Amt selbst verwalten könnten, nicht der Assessoren bedürften, obwohl er die Assessoren dennoch aus Staatsmitteln besolden ließ Lamprid. Alex. 46. Später wurde die Assessur selbst ein gewöhnlicher Weg zu Richterstellen Bethmann-Hollweg a. a. O. 156. [Civilproceß III § 141.]

n) Papinian L. 6 D. de off. assessor. (1, 22) spricht von einem Consilium des curator reipublicae, des Magistrats für die Verwaltung des Stadtvermögens, dem aber auch eine Jurisdiction zukam (L. 2 C. de sent. quae sine certa quant. 7, 46), dieses Consilium sei nicht nach den Grundsätzen zu beurtheilen, die von Assessoren gelten, namentlich gelte hier nicht die Vorschrift, daß niemand in seiner Heimath Assessor sein dürfe.

Art der Rechtspflege. Erst später wurde auch der Zutritt unbetheiligter Personen sehr beschränkt, namentlich auf die honorati, d. h. auf die höheren Staatsdiener oder die es gewesen waren. In den Städten war nun, als man sich von dem Markt zurückzog, der geeignetste Ort das Rathhaus, und das nächste Surrogat der Volksöffentlichkeit die Rechtspflege vor der Curie. So wurde man ganz natürlich dahin gebracht, zugleich jenem Bedürfniß der Zuziehung von Beisitzern auf die angegebene Art, die zugleich die wohlfeilste war, abzuhelfen.

Der Antheil an der Jurisdiction ist die glänzende Seite der städtischen öffentlichen Zustände. In jeder andern Hinsicht war die Stellung der Städte unsäglich gedrückt und beklagenswerth. Diese Corporationen im Ganzen und in ihren Gliedern trugen unmittelbar oder mittelbar fast die ganze Last des Staats. Denn das ganze Reich war in Stadtgebiete getheilt, der Gegensatz von Stadt und Land war noch kein politischer, die Städte waren nicht, wie heutzutage, nur eines von den Gliedern, aus denen der Staat sich aufbaute. Durch die Städte gingen die Ansprüche, die der Staat an die Unterthanen machte, sie waren in ihren Behörden die Werkzeuge der Regierung, und mußten für die Realisirung jener Ansprüche einstehen. Daneben forderten die städtischen Bedürfnisse selbst keinen geringen Aufwand an Geld und Kräften. Die Verwaltung der Stadt hatten ihre Obrigkeiten und der Stadtrath, die decuriones oder curiales; diese letzten waren verpflichtet, die öffentlichen theils kostspieligen, theils beschwerlichen Dienste zu übernehmen, sowohl die obrigkeitlichen, honores, als die unzähligen geringeren, munera, die sich zum Theil auf die inneren Communalangelegenheiten, zum Theil auf jenes Verhältniß der Stadt zur Staatsregierung bezogen,[o]) und unter deren Voraussetzung allein ein Staatsbeamter die Verwaltung über ein so weites Gebiet, als eine Provinz war, mit Erfolg führen konnte. Schon die persönlichen Dienste waren eine beschwerliche Last, die jeder Decurio, wie ihn die Reihe traf, übernehmen mußte, bis er endlich den unendlichen Catalog derselben durchgemacht hatte, und dadurch sich befreit sah, die Last wurde drückend, wenn die Zahl der Decurionen durch zufällige Umstände sehr gemindert war,[p]) und konnte unerträglich werden, insofern diese Dienste den Bürger in fortgesetzte Berührung brachten mit der Willkür des Provincialvorstands und der Insolenz seiner Unterbeamten. Diese Beschwerden wurden noch vermehrt durch die gesetzlichen Einschränkungen des Aufenthalts der Decurionen, die durch die Versuche, sich den Lasten durch Reisen zu entziehen, veranlaßt worden waren.[q]) Dazu kam aber noch die unglaublichste pecuniäre Bedrückung. Die Städte wurden angewiesen, die auf ihr Gebiet treffende Steuer beizuschaffen, den Ausfall sollten sie decken. So lange nun hinreichendes Stadtvermögen vorhanden war, um diese Zumuthungen und die städtischen Bedürfnisse zu bestreiten, traf der Vorschuß und der Verlust nicht die Einzelnen; aber das mußte sich unter einer verschwenderischen Regierung endlich, und wenn noch besondere Calamitäten hinzukamen, welche das Ganze und die Einzelnen trafen, also zugleich die

---

o) Iac. Gothofredus ad Cod. Theod. XII 1: de decurionibus.

p) Z. B. in Folge kriegerischer Verheerung eines Landstrichs L. 177 C. Th. de decurion. (12, 1). Vgl. auch die Note g angeführte Novelle: — quia publico infortunio ad paucos redactus est ordinum numerus —.

q) Die Decurionen sollten sich nicht ohne besondere Erlaubniß aus der Stadt entfernen, sie sollten nicht auf dem Land wohnen dürfen Cod. Theod. XII 18: si curialis relicta civitate rus habitare maluerit.

inexigiblen Ausfälle vermehrten, bald erschöpfen. Den Decurionen, als den Verwaltern des Stadtvermögens, wurde die Beischaffung nicht erlassen, sie mußten aus den eigenen Mitteln zusetzen, was nicht aus der Stadtcasse zu nehmen war. Es entstand eine neue Pflicht für sie, die Grundstücke, welche von den Eigenthümern wegen Unerschwinglichkeit der Steuern verlassen wurden, zu übernehmen. Dieß setzte sich fort, bis auch der Einzelne ruinirt, und nichts mehr von ihm zu erpressen war, oder er Mittel fand, mit den Trümmern seiner Güter aus dem Bereich des alles verschlingenden Schlundes sich zu retten. Daß Stadtämter und Decurionat nirgends mehr als ein wünschenswerther Vorzug erschienen, ist durch alles dieses mehr als erklärt, in vielen Städten minderte sich die Zahl der Decurionen auf eine für die übrigbleibenden und um so mehr belasteten, wie für die Regierung, die ihr System nicht aufgeben wollte oder konnte, beunruhigende Art, anfangs suchte man sich an den einzelnen Orten durch Berufung von Kindern zum Decurionat, ja von Verbrechern, die zur Strafe dazu gemacht wurden, zu helfen, aber die Flucht vor dem Stand wurde immer allgemeiner und mächtiger, die Gesetzgebung ließ sich unaufhörlich vernehmen durch Belohnung für den freiwilligen Eintritt, durch Einschärfung der erblichen Pflicht, in den Decurionat zu treten, durch Beschränkung der Befreiungen, durch Maßregeln, wodurch die Flüchtigen aus Amt, Clerus, Heer, dem Colonat, aus den Wüsten, in die sie sich verborgen, hervorgezogen und ihrer Curie wieder gegeben werden sollten. Wir finden nicht, daß diese Gesetze irgend einen erheblichen Erfolg gehabt hätten, und können auch unter diesen Umständen keinen erwarten. In einem Gesetz vom Jahre 536 [r]) erklärt Justinian, die Curien seien in den Städten seines Reichs fast verkommen, und eben so sei das Stadtgut so gut wie verschwunden, ungeachtet der Ansprüche, die der Curie auf die Erbschaften der Curialen gegeben seien. Und das sei nicht zu verwundern, denn die Curialen hätten so wenig Gemeinsinn, daß sie ihr Vermögen lieber an Andere verschwendeten, als ihrer Curie überließen, ja daß sie sich sogar der Ehen enthielten, um keine Nachfolger im Decurionat zu haben; so weit gehe die feindselige Gesinnung gegen Vaterland und — Fiscus. Lydus spricht geradezu aus, die alte Verwaltung der Städte durch die Curien habe thatsächlich aufgehört, seit unter Anastasius ein Finanzmann darauf gekommen sei, sich zur Beschaffung der Steuern anderer Personen, die man vindices genannt habe, zu bedienen, die in den Städten ärger als Feinde gewirthschaftet hätten. [s]) Von diesen Zuständen müssen wir natürlich die, im Ganzen nicht bedeutende, Zahl der Städte mit dem Jus italicum ausnehmen, wegen der Steuerfreiheit, die ihnen zukam. Auf die Rechtspflege ferner hatte jener Verfall der Communalverwaltungen keinen Einfluß, denn wo sie bei den Duumvirn war, also in den Städten italischen Rechts, traten die Ursachen des Verfalls nicht in jener Stärke ein, und in den übrigen Städten wurde sie von den Defensoren geübt, deren Existenz von der Erhaltung der Curienverfassung unabhängig war. Dieß enthält zugleich eine Bestätigung der Ansicht, daß die Duumviralverfassung nicht so allgemein war, als Manche geglaubt haben. [t])

---

r) Nov. 38.

s) Ioann. Lyd. de magistr. I 28. III 46. 49.

t) S. oben § 95. Walter, dem duumviri iuri dicundo in allen Städten begegnen, glaubt dagegen, nach dem vierten Jahrhundert hätten sie die iurisdictio contentiosa verloren, ohne Grund, und gegen den Inhalt der justinianischen Gesetzgebung.

CXXIV. Von der bisher beschriebenen Eintheilung des Reichs in Präfecturen, Diöcesen und Provinzen sind die beiden Hauptstädte, Rom und Constantinopel, eximirt. Jede steht unter einem praefectus urbi, der illustris, also nur vom Kaiser abhängig ist. Er ist der iudex ordinarius der Stadt, für diese Jurisdiction in erster Instanz concurriren mit ihm einige Beamten geringeren Rangs, die ihm untergeben sind. Für die Urtheile dieser ist er zugleich die Appellationsinstanz. In Rom gehören zu seinem Jurisdictionsgebiet die vier angrenzenden Provinzen (regiones suburbicariae) auf die Entfernung von hundert Millien (intra centesimum miliarium), die übrigens als Richter erster Instanz wie andere Provinzen besondere Vorsteher haben. Eben so sind dem Präfectus Urbi von Constantinopel, der seit 359 mit denselben Functionen wie der zu Rom eingesetzt ist, einige Provinzen, nur nicht gerade im Umkreis der Stadt, untergeben. Ehe Constantinopel einen Präfecten erhielt, hatte es dieselbe Verfassung, wie eine andere Stadt mit dem Jus Italicum, Curie oder Senat und selbstgewählte Magistrate (wahrscheinlich proconsules genannt), nur beide von größerem Ansehen als in irgend einer andern Stadt. Aber auch in Rom waren der dortige Senat und die republikanischen Magistrate, so weit sie blieben, zu städtischen Instituten herabgesetzt, und hatten ihre allgemeine Bedeutung für das ganze Reich verloren. Die Senate der beiden Hauptstädte waren im Grund von den Curien der übrigen Städte nicht verschieden, außer so weit der Rang der Hauptstädte selbst, und ihre Exemtion von dem Regiment der Landesbehörden Unterschiede herbeiführten, die allerdings nicht unbedeutend waren. Die Senatoren haben den Rang der clarissimi, und noch sonstige Ehrenvorzüge, aber auch sehr bedeutende Lasten, obgleich sie in dieser Rücksicht von der verzweifelten Lage der landstädtischen Decurionen noch immer weit entfernt sind. Eine solche Last war die jährliche Wahl von einer Anzahl Prätoren (unter den alten Benennungen: urbanus, peregrinus, tutelaris), ein Gebrauch, der auch auf Constantinopel übertragen ward (mit den besonderen Benennungen: praetor constantinianus, flavialis, triumphalis), so daß ihre Zahl von drei bis auf acht wechselt. Unter dem neuen Amt des Präfectus Urbi konnten diese Prätoren ihre alte Bedeutung nicht mehr haben, wohl aber konnte ihnen eine Jurisdiction in der Art, wie die Municipalmagistrate sie hatten, gelassen werden, und dieß war auch wirklich der Fall. Aber die Hauptsache bei diesem Amt, warum es eben für die Einzelnen, die es traf, und für den ganzen Senat eine schwere Last wurde, war die Verpflichtung zum Geben der öffentlichen Spiele auf ihre eigenen Kosten, wobei die aufzuwendenden Summen gesetzlich bestimmt waren. Mit einem noch größeren Aufwand war die Stelle eines Consul verbunden,[a]) den jeder Senat jährlich zu wählen hatte, so daß noch immer zwei Consuln bestanden, nach denen das Jahr bezeichnet wurde, consules ordinarii im Gegensatz gegen die honorarii, denen der Kaiser die persönliche Würde eines Consul beilegte. Der Rang des Consul stand sogar über dem des Präfectus Prätorio. Unter Justinian fand mehrmals keine Wahl Statt, die Jahre wurden dann nach dem letzten Consulat benannt,[b]) nach 541, wo Basilius Consul war, wurde unter Justinian gar kein Consul mehr

---

a) Die Kaiser sahen sich mehrmals veranlaßt, den unmäßigen Aufwand, der bei dem Antritt des Consulats durch Spiele und besonders Auswerfen von Geld gebräuchlich geworden war, zu beschränken, zuletzt Justinian Nov. 105 (v. J. 536).

b) 531: post consulatum Lampadii et Orestis (die 530 Consuln waren); 532: post consul. Lamp. et Or. II; 536: post consul. Belisarii (der 535 Consul war); 537: post cons. Bel. II.

ernannt, die folgenden Jahre werden daher mit: post consulatum Basilii bezeichnet.

Gewissermaßen hatte der Senat von Rom, und dieß wurde auch auf den von Constantinopel übertragen, noch eine universellere Stellung darin, daß Gesetze an ihn, gleichsam als den Repräsentanten des ganzen Volks publicirt wurden, welches durch den Consul als Vorsitzer des Senats geschah. Wir haben ein Protokoll über eine solche Sitzung, worin eine den theodosischen Codex betreffende Constitution, und dieser selbst publicirt wurde. In diesem Protokoll sind denn auch mit großer Sorgfalt die Stimmen notirt, welche die Senatoren abgaben, theils Acclamationen, theils einzelne Sentenzen, bei denen bemerkt wird, wie oft jede vorkam, also wie viele Stimmen sie für sich hatte. Diese Sentenzen enthalten theils Complimente für die Kaiser und den vortragenden Consul, theils Wünsche, die bei dieser Gelegenheit geäußert wurden. Es war eine momentane Anwandelung, daß die Kaiser Theodosius und Valentinian in einem Gesetz erklärten, sie wollten künftig alle allgemeinen Gesetze vorher nicht bloß in ihrem Consistorium, sondern auch im Senat berathen lassen.[c]) Wir erfahren nicht, daß dieß eine dauernde Folge gehabt hat.

CXXV. In der Militärverwaltung waren illustres die magistri militum (peditum et equitum); nach Constantin waren im Orient fünf, davon zwei am Hofe des Kaisers (der eine für das Fußvolk, der andere für die Reiterei), diese heißen in praesenti oder praesentales, die übrigen für die Districte Orient, Thracien, Illyricum; im Occident drei, davon zwei Präsentales. Unter diesen standen die Duces oder Comites (Titel, welche nur eine Verschiedenheit des Rangs, nicht der amtlichen Stellung anzeigen), spectabiles, jeder für einen besonderen District, und Commandant eines ihm zugewiesenen Theils des Heers. Diese militärischen Behörden hatten Gerichtsbarkeit, nicht bloß bei militärischen, sondern auch bei sonstigen Vergehen der Soldaten, sie erhielten aber auch Civiljurisdiction in den Sachen, wo ein Soldat der Beklagte war, und dieß war dem allgemeinen Grundsatz gemäß, daß die sub dispositione einer Behörde sind, bei dieser ihr Forum haben (§ 121 Note c). Es mochte vorkommen, daß Soldaten als Kläger Civilpersonen vor dem iudex militaris belangten, und daß diese sich geneigt zeigten, ihre Jurisdiction in dieser Art zum Vortheil ihrer Untergebenen zu erweitern, ein Gesetz von 416 verbot es bei schwerer Strafe.[a])

CXXVI. Wenn auf diese Weise die Trennung der Civil- und Militärgewalt eine Jurisdiction in Civilsachen veranlaßte, die nicht von Civilbehörden geübt wurde, so ist eine ähnliche Anomalie durch die Stellung der Kirche im römischen Staat entstanden, eine Anomalie, welche, auch abgesehen von den besonderen Umständen, die sie begünstigten, in diesem Zusammenhang wenig auffallendes hat. Constantin hatte, ehe die Staatsverwaltung vollständig von ihm in der bisher beschriebenen Weise geordnet worden war, ein Gesetz gegeben, wozu ihn das Mißtrauen gegen die damaligen Civilbehörden, und die Achtung, welche ihm die Geistlichkeit einflößte, bewog. Indem er die Rechtspflege, wie sie von einem großen Theil der damaligen Behörden geübt wurde, mit der unbefangenen und Vertrauen erweckenden Art verglich, in der die

---

c) L. 8 C. de legib. (1, 14).
a) L. 2 C. de off. mil. iud. (1, 46).

Bischöffe unter den dem Ausspruch des Apostels (I Cor. 6, 1—6) gehorsamen Christen ihr Schiedsrichteramt verwalteten, achtete er es für heilsam, diesem Amt eine gesetzliche Bestätigung und größere Ausdehnung zu geben. Er verfügte durch ein Gesetz nicht bloß, daß eine bischöffliche Sentenz über irgend eine Civilrechtssache weder durch ein ordentliches noch durch ein außerordentliches Rechtsmittel[a]) sollte angefochten werden können, und daß sie von den weltlichen Behörden exequirt werden sollte, sondern auch, daß jede in einem Rechtsstreit befangene Partei, selbst gegen den Willen ihres Gegners, den Proceß vor den Bischoff sollte ziehen können, es sollte also kein Compromiß unter den Parteien nöthig sein, um den Bischoff competent zu machen.[b]) Nachdem nun der Staat von dem Kaiser neu eingerichtet war, konnte es zweifelhaft erscheinen, ob jenes Gesetz noch fortdauernde Gültigkeit habe. Dieses Bedenken entfernte Constantin durch ein zweites Gesetz, worin er jenes frühere auf Anfrage eines Präfecten bestätigt (salubri rursus imperio), und zugleich seine Bestimmungen wiederholt, die wir eben aus diesem neueren Gesetz kennen.[c]) Spätere Kaiser haben das Gesetz aufgehoben, ohne Zweifel nicht ohne Veranlassung der Bischöffe selbst, die, der Begierde nach weltlichem Ansehen damals noch weniger zugänglich, sich über die Beeinträchtigung ihrer geistlichen Thätigkeit durch die Last weltlicher Geschäfte beschwerten.[d]) Die Kaiser Arcadius und Honorius verordneten 398 und 399, daß die Bischöffe nur in Folge eines Compromisses

---

a) Also durch in integrum restitutio, darauf beziehen sich in dem (Note c) anzuführenden Gesetz die Worte: sine aliqua aetatis discretione — sive itaque inter minores sive inter maiores.

b) Diese Berufung auf den Bischoff mit der Wirkung der Avocation der Sache von dem weltlichen Richter gestattete der Kaiser nicht bloß gleich am Anfang des Rechtsstreits, sondern auch wenn er schon anhängig gemacht und verhandelt war, bis zur Sentenz. Die Worte cum iam coeperit promi sententia drücken den äußersten Zeitpunkt vor der Existenz der Sentenz aus, nicht, wie man wohl geglaubt hat, eine schon gegebene Sentenz, gegen die an den Bischoff hätte appellirt werden können. Von einer Appellationsinstanz der Bischöffe ist keine Rede, sie war auch, ohne den Bischöffen einen Platz in der Scala der weltlichen Richter zu geben, undenkbar.

c) Es ist die erste der Constitutionen, die theils aus dem theodosischen Codex genommen, theils diesem nicht angehörig, in manchen Handschriften als ein Anhang jenes Gesetzbuchs mit der Aufschrift de episcopali iudicio vorkommen, in andern als Bestandtheile kirchlicher Sammlungen, und die am vollständigsten Sirmond herausgegeben hat (Appendix Cod. Theod. novis constitutionibus cumulatior Paris 1631, nachher öfter wiederholt, so auch im Cod. Theod. von Ritter append. p. V sqq. der leipziger Ausgabe). Die Aechtheit dieser Constitutionen ist vielfach angefochten, und ebenso hinwiederum vertheidigt worden, zuletzt von Hänel de constitutionib. quas Jac. Sirmondus edidit 1840, und in der Vorrede zu seiner Ausgabe dieser Constitutionen 1844 (§ 136 a. E.) Die Hauptursache jener Anfechtung war eben unser Gesetz, und der (theils praktische, theils wenigstens theoretische) Gebrauch, den man in der Kirche noch später davon zu machen geneigt war. Nun ist es zwar vollkommen richtig, daß der cod. theod. keinen Titel de episcopali iudicio enthielt, von dem unser Gesetz ein Bestandtheil gewesen wäre, ferner daß überhaupt dieses Gesetz nicht im theodosischen Codex gestanden hat, wie es denn auch zur Zeit der Abfassung dieses Gesetzbuchs lange aufgehoben war, aber daß es wirklich ein Gesetz von Constantin ist, kann, wie mir scheint, ohne historischen Leichtsinn nicht bezweifelt werden. Abgesehen davon, daß sein Inhalt mit, wenn auch allgemeiner gehaltenen, Nachrichten der Historiker übereinstimmt (Euseb. vita Constant. IV 27, Sozomen. hist. eccl. I 9), und daß er an sich nichts für die damaligen Zustände auffallendes enthält, so ist die Fassung des Gesetzes selbst, in allen ihren Besonderheiten, das entschiedenste Zeugniß für seine Aechtheit. Dieses Gesetz, wie es uns vorliegt, abzufassen, wäre zu der Zeit, in welche seine Erdichtung fallen müßte, gewiß niemand im Stande gewesen. Wir müßten also die Unächtheit bloß in einigen Sätzen oder Worten des Gesetzes suchen, aber dazu sind wir, wie gesagt, durch den Inhalt selbst nicht veranlaßt, und überdieß hängen die einzelnen Bestimmungen so eng zusammen, daß eine solche theilweise Verfälschung (was die Hauptpunkte anlangt) noch viel unwahrscheinlicher ist, als die Unächtheit des Ganzen.

d) S. die Stellen von Chrysostomus und Augustinus bei Hänel a. a. O. p. 22.

in Civilsachen urtheilen sollten,[e]) sonst nur de religone, daß heißt über kirchliche Vergehen.[f]) Wenn durch diese Beschränkungen der bischöfflichen Gerichtsbarkeit das wahre Interesse der Kirche gewahrt wurde, so geschah es auf der andern Seite in demselben Interesse und zur Erleichterung der Disciplin, daß Justinian den Bischöffen die Civiljurisdiction über die Geistlichen gab, wo diese als Beklagte auftraten; dieß war zugleich im Sinn der weltlichen Ordnung, wonach die Beamten ihr Forum bei der Behörde haben, der sie subordinirt sind.[g])

CXXVII. Die oben aufgezählten Staatsbeamten hatten ein zahlreiches Dienstpersonal, dessen sie sich bei der Ausrichtung ihres Amts bedienten.[a]) Diese officia, wie sie genannt werden, wurden ursprünglich durch Soldaten gebildet, welche dem Beamten zur Disposition gestellt wurden, seit der Trennung der Civil- und Militärverwaltung unter Constantin war dieß nur noch der Fall bei den dignitates militares, bei den übrigen bestanden die Officia aus Civilpersonen, aber die Einrichtung behielt auch hier einen militärischen Charakter. Daher heißen denn auch die Officialen noch immer milites, cohortales u. s. f., ihr Dienst wird militia, cohortalis militia (unterschieden von der militia armata oder legionaria) genannt, und auch die einzelnen Stellen in den Officien haben ihre Benennung großentheils von militärischen Chargen.[b]) Die Officialen der Hofämter heißen palatini, die der Civilämter werden verschieden benannt nach dem Beamten: die des Präfecten praefectiani, die des rector provinciae cohortales, und nach dem Rang des Beamten ist auch der Rang der Officialen verschieden. Die Zahl derselben ist bei jedem Beamten gesetzlich bestimmt, aber nichts weniger als auf das nothwendige Bedürfniß beschränkt; schon bei den clarissimi werden hundert Officialen erwähnt, bei den Spectabiles steigt die Zahl auf 300 bis 600. Justinian hat sie sehr reducirt, zum großen Leidwesen der stellensüchtigen Schaar, welche sich an diesen wenig beschwerlichen und sehr einträglichen Beruf herandrängte.[c]) In den Officien stehen vor allem die unmittelbaren Beamten des Officiums, von doppelter Art: theils für die allgemeineren Geschäfte, dieß sind die drei vornehmsten, die vorzugsweise primates officii heißen: der princeps officii, der cornicularius, der adiutor oder primiscrinius, theils für die besonderen Geschäftszweige, die zum Ressort der Behörde gehören; von diesen sollen hier nur die für die Justizverwaltung bestimmten genannt werden: der commentariensis, der Unterbeamte für die Criminaljurisdiction, und der ab actis, welcher den Dienst bei der Verwaltung der Civiljustiz hat. Jeder dieser obersten Officialen hatte sein Hülfspersonal, seine adiutores, die sein scrinium bildeten, und außerdem auch wohl noch Diener für die niederen, keine Schulbildung fordernden Verrichtungen. Alle diese gehören noch zum eigentlichen Officium, und haben eine Besoldung.

---

e) L. 7 C. de episc. aud. (1, 4).

f) L. 1 C. Th. de religione (16, 11). Diese Gesetze sind durch eine Novelle Valentinian's III von 452 (Nov. Val. tit. 34 de episcopali iudicio) von neuem eingeschärft worden.

g) Nov. 79. 83. Dagegen war es im Geist jenes constantinischen Gesetzes, daß Justinian (Nov. 86 c. 4) den Bischöffen die Jurisdiction in Streitigkeiten zwischen Provincialregenten und Unterthanen gab.

a) Nur der quaestor sacri palatii hatte kein besonderes Officium, statt dessen dienten ihm die oben erwähnten kaiserlichen scrinia.

b) So der princeps officii, der cornicularius, der adiutor.

c) Joannes Lydus (de magistr. III 27) erzählt, daß er in einer untergeordneten Stelle des

Den Officien aber schlossen sich noch die scholae an, so heißen die Corporationen der Personen, die sich mit den Geschäften, die in den Officien vorkamen, namentlich dem Schreiberei- und Rechnungswesen abgaben, und Expectanten für die Verwendung in den Bureau's oder für andere Dienste waren. Aus diesen scholae wählten die Beamten der Officien ihre Adjutoren. Die wichtigsten waren die scholae exceptorum, welche die der Schreiberei Beflissenen enthielten. Noch während sie in der schola waren, wurden sie in den Officien nach den Umständen gebraucht, und bezogen dann für diesen Dienst eine Vergeltung, zugleich aber hatten sie die Anwartschaft, in das Officium selbst versetzt zu werden, und sodann allmählich in diesem von den untersten zu den oberen, einträglicheren Stellen aufzurücken.[d])

CXXVIII. Alle Staatsbeamten wurden von den Kaisern ernannt, nicht bloß für die dignitates, sondern auch für die militiae, nur daß bei diesen der Kaiser lediglich für das Officium einer Behörde überhaupt ernannte, die Anweisung der besonderen Stelle in demselben der Behörde selbst überlassen wurde. Das Anstellungspatent bei den Dignitäten hieß codicilli dignitatis, die Anstellung wurde zugleich in das laterculum (Staatshandbuch) eingetragen, sie geschah auf ein Jahr, und konnte dann durch kaiserliche Gnade verlängert werden; auch die Präfecti Prätorio, die ohne Angabe einer Schlußzeit ihres Amtes ernannt wurden, behielten ihr Amt gewöhnlich nur ein Jahr. Nicht selten wurden Dignitäten ohne Administratio, d. h. ohne wirkliches Amt übertragen, eine solche hieß dignitas honoraria, das Diplom codicilli honorarii. Eine solche Dignitas ohne Administratio hatten aber auch diejenigen, die ein Amt bekleidet hatten, nach der Niederlegung desselben, der Rang wurde beibehalten. Solche heißen vacantes, im Gegensatz gegen die, welche ein Amt wirklich bekleiden (in actu positi). Ihre Stellung ist eine andere, als jener, die nie ein wirkliches Amt bekleidet haben, dadurch daß ihre Nichtverwendung im activen Dienst nur als temporär betrachtet wird, und daß sie namentlich zu außerordentlichem Dienst von dem Kaiser berufen werden. Indessen haben auch die codicilli honorarii ohne Zweifel nicht selten die Bedeutung gehabt, eine Person, die ein ordentliches Staatsamt vielleicht nicht auf sich nehmen wollte, dadurch zur Uebernahme außerordentlicher Aufträge im öffentlichen Dienst geschickt zu machen.

Bei den Beamten der Officien heißen die Anstellungspatente probatoriae, die Angestellten werden in eine matricula eingetragen. Bei vielen Stellen mußte außer den Sporteln an die kaiserliche Kanzlei auch noch dem bisherigen Inhaber oder seinen Erben ein bestimmter, nach dem Grad der Stelle verschiedener Preis entrichtet werden;[a]) so ging denn der erste Anstoß zu einer Anstellung nicht selten von einer Uebereinkunft zwischen dem bisherigen Inhaber und dem Candidaten aus, und jene militiae traten in gewisser Rücksicht in die Reihe der verkäuflichen und vererblichen Gegenstände, in gewisser Rücksicht sage ich, denn es war doch nicht eigentlich die militia als Amt, sondern die

---

Officium eines Präfecten, neben dem fixen Gehalt, an Sporteln nicht weniger als 1000 aurei in einem Jahre σωφρόνως gewonnen habe.

d) Eine ausführliche und anschauliche Darstellung der ganzen Beschaffenheit der Officia und ihrer Geschäfte giebt Bethmann-Hollweg Handbuch I § 15 S. 160—195. [Civilproceß III § 142; vgl. Krüger Kritik des Justinianischen Codex (1867) S. 138 ff.]

a) L. 30 § 2 C. de inoff. test. (3, 28).

Geldsumme, die der Nachfolger dem Vorgänger zu bezahlen hatte, wovon hiebei unter dem Namen der militia die Rede ist.[b])

Ueber die Staatsverwaltung, von welcher bisher eine Uebersicht gegeben worden ist, geben einige officielle Verzeichnisse der kaiserlichen Beamten Auskunft, die uns handschriftlich zugekommen sind. Das wichtigste derselben ist die notitia dignitatum et administrationum omnium, tam civilium quam militarium, in partibus Orientis et Occidentis, die wahrscheinlich am Anfang des fünften Jahrhunderts abgefaßt ist.[c]) Sie zählt abgesondert für die beiden Theile des Reichs die kaiserlichen Beamten (Hof-, Civil- und Militär-Dignitäten) auf, mit Angabe ihrer amtlichen Stellung durch die Bemerkung, ob sie illustres, spectabiles oder clarissimi sind, ferner mit Abbildung ihrer Insignien, sodann mit Angabe ihres Wirkungskreises, namentlich der Behörden, die ihnen untergeordnet sind, der Theile des Reichs, auf die sich ihre Amtsgewalt erstreckt (alles dieß mit dem Ausdruck: sub dispositione:), hierauf wird die Zusammensetzung des Officiums gemeldet (Officium habet ita:), endlich, im orientalischen Theil des Reichs, ob und wie viele evectiones annuales jeder habe, d. h. in welchem Maße er die Staatsposten (cursus publicus) benutzen könne.[d]) Aehnliche notitiae kommen in der justinianischen Gesetzgebung vor, so für die Civil- und Militärverwaltung der neuen Präfectur Africa, mit Festsetzung der Besoldungen für die Behörden und ihre Officialen,[e]) sodann, wenn auch nicht unter diesem Namen, für andere Theile des Reichs.[f])

Das Recht und die Gesetzgebung.

CXXIX. Die völlige Veränderung, die in dieser Periode mit den Zuständen des Staats und Volks vorging, ist nicht ohne einen entschieden hervortretenden Einfluß auf das Recht geblieben. So weit sich früher schon das römische Reich erstreckte, so viele verschiedene Nationen es umfaßte, so hatte doch die römische und italische Nationalität die Oberhand in den öffentlichen Dingen gehabt. Dieses Uebergewicht war nun verschwunden, oder es lag nur

b) L. 10 C. Th. de cohortalib. (8, 4) spricht von stationes, die dem princeps officii oder dem cornicularius zufallen, und die sie unter Umständen sollen an ihre Adjutores käuflich überlassen können. Es sind darunter gewisse Nebenämter zu verstehen, mit besondern Bezügen, für die kein eigner Beamter angestellt ist, sondern die einem der bestehenden Beamten des Officiums (namentlich der für die allgemeinen Geschäfte bestellten) zugewiesen sind. Es ist also nicht ein eigentliches Amt, das verkauft wird, sondern ein Geldbezug, freilich mit der Verpflichtung, die damit verbundenen Verrichtungen zu besorgen.

c) Böcking über die not. dignitatum utriusque imperii 1834.

d) Diese Notitia ist sehr oft gedruckt worden, die bemerkenswertheste Ausgabe war bisher die von Pancirolus (zuerst Venet. 1593 fol., öfter wiederholt, auch in Graevii thes. antiquit. rom. tom. VII); alle bisherigen Ausgaben aber werden, sowohl von Seiten des Textes, als des Commentars weit übertroffen und entbehrlich gemacht durch die Ausgabe von Böcking für das corpus iur. antei. bonn., von welcher der erste Theil, die not. dign. in part. Orientis enthaltend, 1839 8, und von dem zweiten der Text der not. dign. in partib. Occidentis 1840 8 erschienen ist. [Die wichtigsten Reformen beginnen schon unter Diocletian's Regierung, namentlich war die Provincialeintheilung nach dem Veroneser Verzeichniß bereits im Jahre 297 vollendet. Mommsen Abh. der Akademie 1863 S. 498 f. — Eine Reihe der neuen Aemter verzeichnet der 1856 in Rom aufgefundene wichtige Titel des L. Caelius Saturninus zwischen 323 und 337, herausgegeben und sorgfältig erläutert in Mommsen's ad Gerhardum epistola in den Memorie dell' Instituto II (1865) p. 298 f. R. — Die neue Textausgabe der Notitia dignitatum von Seeck 1876 giebt den kritischen Apparat vollständiger als die Böcking'sche.]

e) L. 1 § 8 L. 2 § 19. 20 C. de off. pr. pr. Afr. (1, 27). Vgl. Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 171. [Krüger a. a. O. (§ 127 d).]

f) Vgl. Nov. 24—31. Eine Notitia anderer Art enthält Nov. 8, nämlich eine Festsetzung der Taxen, die für jede Anstellung bezahlt werden müssen.

noch in den Einrichtungen, die aus den früheren in die jetzigen Zustände herübergenommen wurden, und hier vornehmlich in dem Recht, welches der gegenwärtigen Periode von der vorigen überliefert war.

Dem neuen römischen Reich, von welchem Rom und Italien nicht mehr das Haupt, sondern ein zugeordnetes Glied war, ist das römische Recht, wenn wir von seiner particulären Bedeutung für jene Theile des Reichs absehen, so gut ein fremdes gewesen, als für die germanischen Völker, auf die es in dem späteren Mittelalter übertragen wurde. Denn es war eine willkürliche Convenienz, vermöge deren jene Asiaten, Griechen, Illyrier, Africaner sich Römer nannten, ihren Staat an den alten römischen anknüpften, und sich eine Vorzeit aneigneten, die ihnen in Wahrheit so fremd war, als anderen Barbaren.

Im römischen Recht, wie es durch die Juristen der dritten Periode ausgebildet worden war, lag ein allgemeines Element, welches sich den verschiedensten Nationalitäten, wenn sie zu einer gewissen Stufe der Bildung gediehen waren, anpaßte. Auf der andern Seite enthielt es noch immer viel eigenthümliches, nationell römisches, welches, den Römern angeboren und heimisch, andern Nationen vielfach, wie ein für einen fremden Körper zugeschnittenes Gewand, unbequem und drückend werden mußte. Diese individuellen Bestandtheile des Rechts mehr und mehr zu entfernen, war hauptsächlich die Aufgabe der Rechtsbildung in dieser Periode.

Anfangs war in Rom das Jus civile ausschließlich herrschend gewesen, neben dasselbe trat in der zweiten Periode das allgemeinere Element des Jus Gentium, noch mehr wie ein geduldetes, und dieses Verhältniß spricht sich in der untergeordneteren Stellung des Organs aus, in welchem es sich heranbildete, der prätorischen Edikte. Durch die römischen Juristen kam das Jus Gentium zu gleichem Recht mit dem Jus civile, ihnen ist die naturalis ratio ein eben so mächtiges Princip als die civilis, und in dieser Ausgleichung beider Principien liegt die Vollendung des römischen Rechts als römischen. Unter den Völkern und Regierungen, welche in der vierten Periode das römische Reich fortsetzten, und die Erbschaft des römischen Volks antraten, mußte das allgemeine Element, als das der Fortdauer des Rechts über das Leben der einzelnen Nation hinaus günstige, das Uebergewicht erhalten, das streng nationelle mußte allmählich einschwinden. Dieß zeigt sich am anschaulichsten in den Rechtsformen, als den sichtbarsten Thätigkeiten des Volksgeistes, der Mancipation, In jure Cessio u. s. f., die im älteren römischen Recht eine so bedeutende Rolle gehabt hatten, und an deren Stelle allgemeinere, keiner Nation eigenthümliche Formen traten. Die alten Standesunterschiede, der Cives, Latini, Peregrini, gingen ein, damit hörte die Unterscheidung zwischen Jus civile und Jus Gentium auf, eine praktische zu sein. Wo im früheren Recht die Rechtsverhältnisse eine doppelte Gestalt erhalten hatten, nach dem einen und dem andern Recht, da konnte jetzt ein einfaches Rechtsinstitut entstehen, das jene beiden in sich beschloß, und regelmäßig nach den Grundsätzen gebildet wurde, die dem Institut des allgemeineren Rechtselements entlehnt waren.

Unter den Momenten, die einen Einfluß auf das Recht geübt haben, nimmt nicht minder das in die öffentlichen Zustände hervortretende Christenthum eine Stelle ein. Man hat diesen Einfluß auf die Rechtsbildung dieser Periode geläugnet, oder wenigstens ihn für höchst unbedeutend erklärt, und auf einige Einzelheiten beschränken wollen. Diese Meinung ist eben dadurch entstanden, daß man bloß Einzelheiten ins Auge gefaßt, und hier wieder solche hervorgehoben hat, von denen man sich vorstellte, sie hätten vor allem, wenn das

Christenthum jenen Einfluß geübt hätte, eine andere Gestalt annehmen müssen, wie namentlich das Institut der Sclaverei, dessen Fortdauer dem Geist des Christenthums zuwider sei. Um eine richtige Ansicht von der Sache zu gewinnen, muß die Gewalt, welche eine lebendige, das menschliche Gemüth wirklich bewegende, nicht etwa schon abgestorbene, und nur in öden Traditionen sich fortziehende Religion besitzt, erwogen werden. Daß das Christenthum eine solche Macht besitzt, wer wollte gegenüber den unermeßlichen Wirkungen, die es hervorgebracht hat, so leichtsinnig sein, es zu läugnen, oder so beschränkt und geistesfeindlich, nach zufälligen Nebenumständen als den eigentlichen Ursachen zu suchen? Es hat die damalige Menschheit mit neuen Gedanken erfüllt, in den Gelehrten Ideen hervorgerufen, Probleme zum Bewußtsein gebracht, und Untersuchungen erzeugt, von einer Tiefe, welche seit Plato den Philosophen fremd geworden war, die Völker selbst hat es ergriffen und ihrem Leben eine neue Richtung gegeben. Nun ist der menschliche Geist nicht so mechanisch eingerichtet, daß das, was eine Seite desselben, und wäre es die höchste, in gewaltige Bewegung setzt, auf die übrigen ohne Einwirkung bleiben könnte; es ist undenkbar, daß die religiöse Richtung der Völker nicht auch auf ihre Rechtsansichten einwirke. Die Resultate dieses Einflusses allerdings werden durch das Maß geistiger Kraft, welches die Natur den Menschen, auf die er geübt wird, gegeben oder gelassen hat, modificirt und bestimmt werden; eben darum aber sind wir wir nicht berechtigt, den Einfluß zu läugnen, weil er in den damaligen Rechtszuständen keine dem äußeren Anblick sofort sich aufdringenden, überraschenden Erfolge hervorgebracht hat. Es waren um nichts weniger christliche Ansichten, von denen die Gesetzgeber, wie durch eine unsichtbare Macht, getrieben wurden, wenn auch unter ihren ungeschickten Händen oft eine ihren Ursprung kaum ahnen lassende Wirkung hervorging, oder wenn die Macht der Gewöhnung, die Berechnung des eigenen Interesses, oder der Widerstand der überkommenen Zustände sie verhinderte, bis ans Ziel durchzudringen. Jene von ihnen selbst oft nicht verstandenen Impulse lassen sich in der, anders als bei den classischen Juristen gearteten Billigkeit, die in ihren Gesetzen sich hervorthut, und eben so in vielen einzelnen Punkten, in ihren Bestimmungen über Sclaverei, Colonat, Eigenthum, Ehe und Concubinat, väterliche Gewalt, Erbrecht nicht verkennen, wenn man nur nicht den Stoff, auf welchen hier das Christenthum einzuwirken hatte, in Anschlag zu bringen unterläßt.

Unter den Ursachen der Rechtsänderungen ist endlich auch die veränderte Verfassung zu nennen. Aus ihr folgte die Umgestaltung der Gerichtsverfassung, mit dieser des gerichtlichen Verfahrens selbst, und damit hängen wiederum nicht wenige Modificationen des Privatrechts zusammen.

So haben also die veränderte Stellung der Nationalitäten, der Einfluß der neuen Religion, und die Umgestaltung des Staats und seiner Verwaltung nothwendig zu vielfachen Veränderungen des Rechts geführt. Durch welche Rechtsquellen sind nun diese Veränderungen ins Werk gesetzt, die neuen Rechtssätze, die in dieser Periode entstanden, hervorgebracht worden? Wir wollen die verschiedenen Quellen, von welchen diese Thätigkeit erwartet werden möchte, durchgehen.

Wir können zunächst an die unmittelbare Wirkung der nationellen Ueberzeugung denken. Es ist hier nicht die Rede von dem Einfluß, den die Volksüberzeugung mittelbar, durch ihre Einwirkung auf andere Organe der Rechtsentstehung, namentlich auf die Gesetzgebung hat. Der Gesetzgeber und seine Räthe stehen immer unter diesem Einfluß, dem sie als Glieder einer Nation geöffnet sind, ihre Ansichten, die sie in den Gesetzen niederlegen, werden stets

zum großen Theil aus ihrer Nationalität sich ableiten. Die unmittelbare Wirkung aber ist die, vermöge deren Rechtssätze entstehen, die lediglich auf der Autorität der Volksüberzeugung und der natürlichen Mittel, die sie hat, um sich geltend zu machen, beruhen. Wir können absehen von diesen Mitteln, inwiefern die damaligen Zustände sie gewährten (es würde daran, namentlich an der Möglichkeit einer gemeinen Uebung in den Gerichten nicht gefehlt haben), aber wie stand es mit der ersten Voraussetzung eines solchen Gewohnheitsrechts, einer gemeinsamen Ueberzeugung? Das römische Reich bestand aus sehr verschiedenen Nationen, von denen keine einzelne mehr das Uebergewicht hatte, daß ihre rechtliche Ueberzeugung als gemeines Recht gegolten hätte. Etwas hatten alle diese Völker gemein, dieß ist, daß sie keine Römer waren, und von dem individuell Römischen, besonders wo es in einzelnen äußeren Einrichtungen hervortrat, abgestoßen wurden. Die negative Wirkung also hatte diese Rechtsquelle, daß manche Rechtssätze dadurch gleichmäßig außer Gebrauch gesetzt wurden. Positives aber zu setzen und als ein gemeinsames im Reich hervorzubringen, dazu war die Verwandtschaft, die unter diesen Völkern etwa bestand, zu weit und zu wenig intensiv. So kam z. B. die genaue Beobachtung der altrömischen Testamentssolennitäten überall außer Gebrauch, aber was an ihre Stelle trat, das würde in den verschiedenen Ländern sehr verschieden gewesen sein, wenn es lediglich durch die unmittelbare Ansicht des Volks hätte bestimmt werden sollen. Die Fortbildung des Rechts würde es, dieser Quelle überlassen, in lauter partikuläre Rechte aufgelöst haben. Und gewiß ist auf diesem Wege damals, z. B. in Italien gegenüber andern Theilen des Reichs, viel partikuläres Recht entstanden, dessen Umfang zu ermessen, wir durch den Mangel hinreichender Quellen außer Stand gesetzt sind.[a])

Die zweite Quelle, von der die Fortbildung des Rechts im Sinne und nach den Bedürfnissen dieser Zeit hätte ausgehen können, wäre die Wissenschaft gewesen. Die Verschiedenheit der Nationalitäten wäre für ihre Thätigkeit kein Hinderniß geworden. Die Wissenschaft ist nichts partikuläres, sie kann ein partikuläres Recht zum Gegenstand nehmen, aber sie selbst ist nicht an diese Schranken gefesselt. Juristen der verschiedensten Herkunft hätten, wenn sie von dem rechten Geist beseelt und verbunden waren, an dem Bau eines gemeinsamen Rechts mitarbeiten können, wie es in der vorigen Periode wirklich geschehen war.

Aber es gab keine Wissenschaft mehr. Es gab noch eine juristische Literatur, und ihre Ueberbleibsel geben uns eben den unmittelbarsten Beweis, daß es mit der wahren Jurisprudenz entschieden vorbei war.[b]) Die juristischen Schriften dieser Periode sind Compilationen aus Gesetzen und Werken der früheren Juristen, die eigene Zuthat der Verfasser, wenn sie sich überall darauf einlassen, ist ohne Werth, ja die juristische Literatur ist noch merklich schlechter, als die übrige, die denselben compilatorischen Charakter trägt, und von der wir nur die theologische ausnehmen müssen, in welcher ein eigenthümlicher Geist sich

---

a) Einiges läßt sich aus den römischen Gesetzbüchern bei den Germanen erkennen (s. unten § 137), manche partikuläre Rechtsbildungen werden in den Gesetzen der Kaiser erwähnt, und sind durch sie zum Theil zu gemeinem Recht erhoben worden. [In dem syrisch-römischen Rechtsbuch (not. b) steht abgesehen vom Intestaterbrecht nur römisches Recht, vgl. Bruns Syrisch-römisches Rechtsbuch S. 317 ff.]

b) Consultatio veteris ICti (§ 104, 9). Collatio leg. mos. et rom. (§ 104, 7), wenn wir diese letztere zu den juristischen Erzeugnissen rechnen wollen. Von dem codex gregorianus, hermogenianus, den fragmenta vaticana, und den Ueberbleibseln aus Justinian's Zeit wird noch unten die Rede sein. [Eine selbständige Bearbeitung des römischen Rechts enthält das durch Land Anecdota Syriaca 1862 zuerst veröffentlichte Rechtsbuch, welches unter Basiliskus (475—477)

regt, und sie über das niedrige Niveau der Zeit um ein bedeutendes emporhebt. Sodann fehlte es nicht an Rechtsschulen, die an verschiedenen Orten des Reichs entstanden waren, und sich einer großen Frequenz von Solchen, die sich zum Staatsdienst vorbereiteten, erfreuten. Ja das Rechtsstudium schien jetzt äußerlich betrachtet einen rechten Aufschwung genommen zu haben, die Schulen nahmen einen ganz andern Rang ein, als in der dritten Periode, sie waren, zum Theil wenigstens, öffentliche Anstalten geworden, die Regierung zog sie unter ihre Aufsicht, stellte die Lehrer an, gab ihnen Besoldungen und Titel, und verfertigte Studienpläne. In statistischen Tabellen hätte sich das Unterrichtswesen stattlich genug ausgenommen; mancher mochte, wenn er sich der Mühe enthob, nach den Früchten zu sehen, mitleidig auf die alte Zeit herabblicken, welche jene Dinge noch nicht kannte. Suchen wir aber nach dem Kern, der hinter dieser Schale verborgen war, so finden wir keine Spur eines wissenschaftlichen Sinnes und Talents mehr. Die productive Kraft, die das Kennzeichen der wahren Wissenschaft ist, war erloschen, das höchste Ziel war, den Buchstaben des Ueberlieferten für den unmittelbaren Gebrauch dem Gedächtniß einzuprägen, und ihn gelegentlich mit einigen gelehrten Notizen auszuschmücken.

Daß es keine Uebertreibung ist, wenn der damaligen Zeit alle eigentliche Rechtswissenschaft geradezu abgesprochen wird, geht nicht bloß aus den allgemeinen Zuständen derselben, mit welchen dieß in vollkommener Uebereinstimmung steht, und aus den juristischen Erzeugnissen selbst hervor; wir haben darüber auch das Zeugniß eines Kaisers, das um so bedeutender ist, je weniger eine ängstliche Bescheidenheit in der Würdigung der damaligen Verhältnisse den Charakter der officiellen Sprache ausmacht. Theodosius II sagt in der Verordnung, durch welche er seinen Codex Constitutionum promulgirte: saepe nostra clementia dubitavit, quae causa faceret, ut tantis propositis praemiis, quibus artes et studia nutriuntur, tam pauci raroque exstiterint, qui plena iuris civilis scientia ditarentur, et in tanto lucubrationum tristi pallore vix unus aut alter receperit soliditatem perfectae doctrinae. Er glaubt das Räthsel lösen zu können, es ist nichts anderes, als die Menge der Bücher, die man zu lesen habe, die große Zahl von kaiserlichen Gesetzen, deren man nur mit Mühe habhaft werden könne, was seiner Meinung nach jenen betrübten Mangel an gründlichen Rechtskenntnissen verursacht hat. Er giebt sich der schönen Hoffnung hin, daß mittelst seiner Gesetzessammlung das alles von Grund aus anders werden würde. Dieß erinnert unmittelbar an die Erwartung, die man in unseren Zeiten ausgesprochen hat, durch ein neues deutsches Gesetzbuch werde unfehlbar und plötzlich die Morgenröthe der Wissenschaft für die, welche am heutigen Tag noch in Nacht und Finsterniß wandeln, hervorbrechen, ein Ausspruch, der jenes Vorbilds vollkommen würdig ist.

Nur Eine Rechtsquelle bleibt übrig, von welcher die Fortbildung des Rechts auf dem Grund der nationellen und Zeitbedürfnisse für das gesammte Reich erwartet werden konnte, die Autorität der gesetzgebenden Gewalt. Diese Quelle bewies denn auch eine Fruchtbarkeit, welche über das Maß der früheren Zeit

---

oder bald hernach griechisch verfaßt, dann aber zu Anfang des 6. Jahrhunderts ins Syrische übersetzt worden ist. In den Handschriften wird es bezeichnet als Gesetze der Könige Constantin, Theodosius und Leo und wird auch so bei den späteren Juristen angeführt; geschöpft hat es aber mehr aus den Jura (§ 133) als aus den Leges. Der griechische Text ist verloren, den syrischen Text sowie die Uebertragungen desselben ins Arabische und Armenische mit deutscher Uebersetzung sämmtlicher Bearbeitungen und Kommentar geben Bruns und Sachau Syrisch-römisches Rechtsbuch 1880. Durch die scharfsinnige und sorgfältige Bearbeitung von Bruns sind daraus neue Aufschlüsse über das vorjustinianische Recht gewonnen.]

weit hinausgeht. Von Constantin bis Theodosius II, in einem Zeitraum von 130 Jahren, war die Zahl der allgemeinen Gesetze schon so groß geworden, daß durch die Sammlung derselben, mit vielen Weglassungen und Abkürzungen, ein Gesetzbuch von beträchtlichem Umfang gemacht werden konnte. Darin sind nicht einmal die Gesetze der diocletianischen Regierung begriffen, von welcher man noch in dem justinianischen Codex 1247 Constitutionen zählt. Die gegenwärtige Periode ist das Zeitalter der äußeren Blüthe, d. h. einer unablässigen, rapiden Thätigkeit der Gesetzgebung. Die Kaiser zogen die ganze Rechtsentstehung, so viel nur geschehen konnte, an sich. Entstehe eine Bedenklichkeit über die Anwendung des Gesetzes, so sollte man an den Kaiser berichten, damit dieser nachhelfe und etwa eine Modification der Anwendung durch seine Interpretation bestimme, der Kaiser allein sollte zu einer solchen Interpretation berechtigt sein, der Einfluß der Juristen (§ 111) war mit diesen weggefallen.[c])

CXXX. Wir haben oben gesehen, daß die Gesetzgebung ein weites Feld vor sich hatte. Sehen wir nun zu, wie sie ihre Aufgabe gelöst hat, so finden wir im Einzelnen nicht wenige gute, den Ansprüchen der damaligen Verhältnisse angemessene Gesetze, bei denen der Gesetzgeber die Schwierigkeiten, welche der zu behandelnde Stoff und der Mangel einer wissenschaftlichen Durchdringung desselben darbot, durch einen glücklichen Tact und ein richtiges Gefühl, so gut es sich schicken wollte, überwand. Freilich blieb auch hier noch immer ein Hinderniß, welches den Erfolg auch des zweckmäßigen Gesetzes vereiteln oder verkümmern konnte: die Untüchtigkeit oder das Widerstreben derer, die das Gesetz anwenden, und ihm dadurch erst ein lebendiges Dasein verschaffen sollten, eine Klippe, an welcher manche jener guten Gesetze gescheitert sind. Aber neben diesen erblicken wir eine große Anzahl von Gesetzen, in welchen die geistige Unfähigkeit und Rathlosigkeit jener Zeit auf das Vollständigste sich abspiegelt. Wenn es den Kaisern auch gelang, bei der Gesetzgebung der tüchtigsten Männer ihrer Zeit sich zu bedienen, so waren doch selbst die besten nicht mit denen zu vergleichen, deren Rath die Principes der vorigen Periode hörten, und nicht selten stellte der unaufhörliche Wechsel der Aemter und der Parteien die untüchtigeren an die Spitze der Geschäfte, so daß wir unter derselben Regierung auf gute und schlechte Verordnungen in schneller Aufeinanderfolge treffen. Ungeschick in der Wahl der Mittel für den Zweck, Inconsequenz bei den Abänderungen des bestehenden Rechts, unsicheres Hin- und Herschwanken, so daß zuweilen unter derselben Regierung dreimal das Recht über einen Punkt geändert wird, neben einer großen Anmaßung; allgemeine Aussprüche, deren nähere Bestimmung dem guten Glück überlassen wird, Modification von Einzelheiten, wo, wenn man überall ändern wollte, eine durchgreifende Reform nöthig gewesen wäre, — das sind die Eindrücke, die man von der großen Masse der damaligen Gesetze empfängt. Oft ist es Unfähigkeit, die diese Resultate hervorgebracht hat, oft aber überdieß auch die Scheu, den wahren Grund des Uebels zu berühren, die Abneigung, eine Hülfe auf Kosten des eigenen Interesses, auch wohl nur des eingebildeten, zu gewähren. In solchen Fällen stoßen wir auf jene widerwärtige Heuchelei, die mit schönen moralischen Redensarten das

c) L. 9 C. de legib. (1, 14): — si quid vero in iisdem legibus latum fortassis obscurius fuerit, oportet id imperatoria interpretatione patefieri, duritiamque legum nostrae humanitati incongruam emendari. L. 12 C. eod.: — si enim in praesenti leges condere soli imperatori concessum est, et leges interpretari solum dignum imperio esse oportet — — tam conditor quam interpres legum solus imperator iuste existimabitur, nihil hac lege derogante veteris iuris conditoribus, quia et eis hoc maiestas imperialis permisit.

fremde Elend und die eigene Schuld zudecken soll. Wie wenn in Gesetzen über den Decurionat den Beklagenswerthen, die, von dem Druck der Beamten und der finanziellen Habsucht zur Verzweiflung gebracht, die Heimath und die väterlichen Wohnsitze fliehen, mit einem wie Hohn lautenden Pathos die edlen Empfindungen des Patriotismus vorgehalten werden.

Mit dem Inhalt gleichartig ist der Ausdruck und die Sprache. Die meisten Gesetze von Constantin an sind schlecht geschrieben und in jenem schwülstigen Styl, dessen übelangebrachte rednerische Floskeln die Kennzeichen der Gedankendürftigkeit sind, abgefaßt.[a]) Eine unendliche Weitschweifigkeit kommt hinzu, um das Verständniß eines an sich einfachen Gedankens zu erschweren, und diese Gesetze zu peinlichen Aufgaben für die Auslegung zu machen, oder wenigstens zu unerquicklichen für das Studium. So pflegt Justinian, wenn er einen neuen Rechtssatz einführt, unerschöpflich zu sein in der Hervorhebung seiner Vortrefflichkeit, indem er die Vorzeit beklagt, welche dieses Gesetzes, mit dem er seine Unterthanen beglücke, noch nicht theilhaftig gewesen sei. Die Motive werden freigebig mitgetheilt, sie sind aber gewöhnlich fast ohne allen juristischen Gehalt, was sich besonders erbaulich ausnimmt, wenn altes Recht geändert, oder eine Controverse alter Juristen entschieden werden soll.[b])

Der Werth des römischen Rechts ist glücklicherweise unabhängig von dem, was diese Kaiser verordneten, er liegt in dem, was die römischen Juristen der dritten Periode festgestellt, und begründet haben. Der Beruf der Kaiser war, durch die nöthigen Modificationen das römische Recht den Sitten und Einrichtungen ihrer Zeit anzupassen, und durch Entfernung dessen, was sich überlebt hatte, durch eine den Verhältnissen angemessene Umbildung mancher Rechtsinstitute oder mancher Seiten derselben seinen Uebergang auf andere Nationen zu vermitteln. Dieß überall in der rechten Weise zu thun, dazu fehlte ihrer Zeit die genügende Einsicht. Vieles müssen wir, auf die das römische Recht gekommen ist, ergänzen durch eine geschickte Interpretation und Anwendung der Gesetze, in denen wenigstens die Keime des Wahren, wenn auch durch Ungeschick und Mangel an Wissenschaft verhüllt, enthalten sind. Diese Mangelhaftigkeit der damaligen Gesetze ist einer der sichtbarsten Gründe, warum die Kennt-

---

a) Der Eingang eines theodosischen Gesetzes, wodurch ein früheres Gesetz von neuem eingeschärft wird, mag als Beispiel hier stehen: Semina ferendis legibus fragilitas humani generis subministrat: repetitio vero legum nostrae est humanitatis indicium. Si quidem cum priorum aculei adversus temeratores earum sufficerent corrigendos, ammoneri tamen etc. Auch der Eingang des Proömiums der justinianischen Institutionen steht an Geschmacklosigkeit kaum hinter jenem Muster zurück: Imperatoriam maiestatem non solum armis decoratam, sed etiam legibus oportet esse armatam, ut utrumque tempus et bellorum et pacis recte possit gubernari etc.

b) Als Beispiel mag dienen ein Gesetz Justinian's, wodurch er das Vorrecht fiscalischer Veräußerung, daß, wenn auch die Sache eine fremde ist, der bisherige Eigenthümer gegen den Erwerber keinen Anspruch haben soll, auf den Kaiser, und auf seine Gemahlin überträgt, und worin unter vielen andern Motiven, die dem Gesetz einen unverhältnißmäßigen Umfang geben, endlich auch noch folgendes vorkommt: qui enim suis consiliis suisque laboribus pro toto orbe terrarum die nocteque laborant, quare non habeant dignam sua praerogativa fortunam? (L. 3 C. de quadr. praescr. 7, 37). In einem andern Gesetz (L. 16 C. de usufr. 3, 33) ereifert er sich über die Unbarmherzigkeit des alten Rechts, wonach der Nießbrauch durch Nichtgebrauch von einem oder zwei Jahren verloren gehen soll: wie viele und unzählige Ursachen giebt es, ruft er aus, deren wir Sterbliche uns nicht erwehren können, und die bewirken, daß wir das nicht zu behalten vermögen, was wir haben! wie grausam ist es, durch solche gesetzliche Verwickelungen die Menschen um das zu bringen, was sie einmal besitzen! Durch den Tod des Usufructuars, durch den Untergang der Sache, gut! dadurch mag der Ususfructus verloren gehen, aber auch bloß dadurch, nicht durch den non usus (von 1 oder 2 Jahren), sondern — erst durch einen Nichtgebrauch von zehn oder zwanzig Jahren!

niß des alten Rechts für uns eine unmittelbar praktische Wichtigkeit hat. Die kaiserliche Gesetzgebung, die zwischen uns und dem älteren römischen Recht liegt, ist von der Beschaffenheit, daß wir uns überall veranlaßt finden, über sie hinaus und auf ihre Vergangenheit zurückzugehen, um von dort unsern Ausgangspunkt nehmend das nachzuholen, was sie versäumt, das zu vervollständigen, was sie unvollendet gelassen hat.

CXXXI. Es ist noch von der Form der Gesetzgebung zu sprechen.

Der Kaiser ist nun nicht bloß factisch, sondern auch rechtlich der einzige Gesetzgeber, eine Gesetzgebung des Senats existirt nicht mehr. Nur war am Ende der vorigen Periode, als die Macht der Präfecti Prätorio sich außerordentlich vergrößert hatte, diesen das Recht eingeräumt worden, Verordnungen zu erlassen, mit gleicher Wirkung wie die kaiserlichen.[a]) Diese Befugniß blieb ihnen, ungeachtet der sonstigen Minderung ihrer Gewalt, auch in der vierten Periode,[b]) nur mit der Einschränkung, daß kein kaiserliches Gesetz dadurch abgeändert werden kann, und mit der in der veränderten Stellung der Präfecten liegenden, daß sie lediglich in der Präfectur, welcher der Präfect vorsteht, Gültigkeit haben.[c])

Wie man für die kaiserlichen Gesetze neben dem Namen leges auch noch die alte Benennung: principum constitutiones beibehielt, so bezeichnete man auch ihre verschiedenen Formen noch mit den alten Ausdrücken: edicta, decreta, rescripta. Nur von Mandaten ist bis auf Justinian, und von orationes als Gesetzen gar nicht mehr die Rede.[d])

Edicta oder leges edictales nannte man jetzt die Gesetze, welche zu dem Zweck erlassen wurden, um eine Bestimmung von allgemeinerer Anwendung, also einen Rechtssatz festzustellen und zu verkündigen. An die alten edicta magistratuum, an welche die Edicte der früheren Principes sich anschlossen, dürfen diese Gesetze nicht angeknüpft werden, es ist nur derselbe Name für eine ganz andere Sache.[e]) Der Sache nach sind sie vielmehr aus den früheren Orationes hervorgegangen (Note d); wenn man die Form genau bezeichnen wollte, so müßte man sie geschriebene Reden oder auch Anschreiben nennen, und ein alter Jurist, wenn er damals gelebt, und die Sache hätte benennen sollen, würde wahrscheinlich sich so ausgedrückt haben: es seien jetzt alle Constitutionen, mit Ausnahme der Decrete, epistolae geworden. Der Kaiser richtete

---

a) Alexander L. 2 C. de off. p. p. (1, 26): Formam a praefecto praetorio datam, etsi generalis sit, *minime legibus vel constitutionibus contrariam*, si nihil postea ex auctoritate mea innovatum est, servari aequum est. Die cursiv gedruckten Worte sind wahrscheinlich eine Interpolation der Verfasser des justinianischen Codex.

b) Justinian bestätigt sie ausdrücklich durch die Aufnahme der angeführten Constitution in seinen Codex, und stillschweigend, indem er mehrmals solche formae als wirksame Verordnungen anführt: L. 16 C. de iudic. (3, 1) L. 27 C. de fideiuss. (8, 40). Vgl. Zachariae hist. iur. graeco-rom. p. 7. Ausführlich von diesem Punkt handelt Zachariä in den Prolegomenen zu seiner Ausgabe einer Sammlung von Edicten der Präfecten, Ἀνέκδοτα 1843 p. 227 sqq.

c) Auch andere Behörden erließen solche formae oder (nach dem alten Sprachgebrauch) edicta, soweit ihr Beruf sie dazu veranlaßte, aber nur mit einer, der Kraft der früheren edicta magistratuum analogen Wirkung. So sind uns in Inschriften auf Stein zwei Edicte eines Präfectus Urbi, Turcius Apronianus (der 364 und 372 Präfect war) über den Fleischverkauf und die Fleischvertheilung überliefert Haubold (Spangenberg) monum. leg. n. 71. 72.

d) S. oben § 110 Note g. Der Ausdruck oratio kommt noch vor als Publication eines Gesetzes an den Senat L. 3 C. de legib. (1, 14).

e) Durch diese Anknüpfung, die nach meiner Meinung nur für die edicta principum der dritten Periode zulässig ist, unterscheidet sich die Darstellung von Savigny (System I § 23) von der folgenden.

diese Gesetze entweder an das Volk schlechtweg (in der Ueberschrift ad populum, ad omnes populos), oder an den Senat, dem sie durch einen Consul verkündigt wurden, oder an die Beamten. In dem letzten Fall wurde das Gesetz an die obersten Behörden des Reichs gerichtet, an die Präfecti Prätorio und Urbi, welche es sodann an die ihnen untergeordneten Stellen weiter zu publiciren hatten.[f] Alle Edicte waren leges generales, d. h. Gesetze, denen eine weitere Anwendung als für eine einzelne Person oder einen concreten Fall bestimmt war,[g] mochte übrigens die Gattung von Personen und Fällen, für die sie bestimmt waren, weiter oder enger sein, sehr viele oder sehr wenige Species umfassen.[h] Die lex generalis steht also hier der constitutio personalis gegenüber, und daraus ergiebt sich, daß jener Begriff weiter ist, als der des Edicts, da nicht alle constitutiones non personales Edicte sind.[i]

Der Begriff der Decreta und Rescripta ist nicht verändert. Die ersten sind in Folge der neueren Gerichtsverfassung und ihrer weiteren Entwickelung seltener als in der vorigen Periode, weil die Fälle, wo der Kaiser selbst in höchster Instanz sprach, mehr und mehr beschränkt wurden, doch blieben sie noch fortwährend in Uebung. Die kaiserlichen Rescripte werden noch veranlaßt, wie in der vorigen Periode, theils durch Relationen der Beamten, theils durch Supplicationen der Parteien. Ueber die Form derselben werden genaue Vorschriften gemacht, die Unterschleif und Verfälschung verhüten sollen. Niemand sollte auf die adnotatio (die kurzgefaßte Resolution) sich beziehen dürfen, sondern lediglich auf ein besonders ausgefertigtes Rescript,[k] und auf ein solches nur, wenn es vom Kaiser mit dem sacrum encaustum, einer purpurnen Flüssigkeit, deren Besitz anderen Personen bei schwerster Strafe verboten war, unterzeichnet sei.[l] Eine besondere Art von Rescripten heißt[m] pragmaticae sanctiones; sie ge-

---

f) Die meisten Edicte sind von dieser Beschaffenheit und haben daher in den Sammlungen die Ueberschrift an eine solche Oberbehörde. Es wäre ein Mißgriff, sie darum für Rescripte halten zu wollen. Sie sind keine Edicte in dem älteren Sinn, aber solche gab es überhaupt nicht mehr, auch die Edicte ad senatum und ad populum sind nur Edicte im Sinne der vierten Periode.

g) In demselben Sinn, wie es L. 8 D. de legib. (1, 3) heißt: iura non in singulas personas, sed generaliter constituuntur. Vgl. § 111 S. 305 f.

h) Ein Gesetz, welches für die Minderjährigen, für die Soldaten, für die Frauen, ja für den Fiscus (also ein Genus, das nur Eine Species enthält) eine Regel feststellt, ist eben so gut eine lex generalis in jenem Sinn, als das, welches ein Verhältniß bestimmt, in das alle Bürger kommen können, und umgekehrt könnte eine Verordnung, die Alle betrifft, auch keine lex generalis in jenem Sinn sein, z. B. die Verordnung, wodurch Caracalla allen jetzt lebenden freien Einwohnern des römischen Reichs die Civität gab. — Der Ausdruck generalis ist freilich so vieldeutig, daß er auch im Gegensatz eines beschränkten Umfangs der Anwendung gebraucht werden kann (wie z. B. eine Klage generalis genannt wird, die im Gegensatz zu einer anderen, specielleren, eine weitere Anwendung hat L. 1 § 17 D. de aqua pluv. 39, 3); daher haben die Neueren ein für einzelne Classen von Personen bestimmtes Gesetz lex specialis, und hinwiederum ein nicht so beschränktes lex generalis genannt.

i) Guyet (Abhandl. S. 42) meint, daß umgekehrt die leges generales eine Unterart der Edicte seien. Er legt nämlich dem Ausdruck die in der vorigen Note erwähnte Bedeutung unter, in welcher ihn die Neueren den leges generales entgegensetzen.

k) L. 1 C. Th. de div. rescr. (1, 2).

l) L. 6 C. de div. rescr. (1, 23).

m) [Seit Constantin und im Orient. Der ältere Name ist epistolae, s. z. B. Haubold monum. n. 48—50. Die Unterscheidung der Rescripte mit Einzel- und Collectivadressen, Dirksen Abh. der Berl. Acad. 1850 März 21 ist ohne juristische Erheblichkeit. Wichtiger ist die Bemerkung Hänel's praef. ad C. Th. p. XXXIX und Mommsen's Verhandl. der sächs. Gesellsch. 1850 S. 208, daß die Bescheide an die Provinziallandtage (ad Afros, Lusitanos u. s. w.) gewöhnlich in Form von leges edictales (L. 6 C. Th. de const. princ. 1, 1) erlassen werden, während die Erlasse an Einzelne und Korporationen ihre frühere Briefform behielten. R.]

hören zu den Rescripten, welche auf Supplicationen erlassen wurden. Ursprünglich wurden wohl alle so genannt, die nicht auf die Bittschrift gesetzt, sondern besonders ausgefertigt wurden, so daß diese Ausfertigung durch jenen Namen bezeichnet wird. Als nachher die besondere Ausfertigung für alle vorgeschrieben worden war, scheint der Ausdruck in einem engern Sinn für eine solennere Form der Ausfertigung gebraucht worden zu sein, die ohne Zweifel auch durch eine höhere Taxe von der gewöhnlichen sich unterschied.[n]) Zeno verordnete, diese Form sollte in reinen Privatsachen einzelner Personen nicht angewendet werden, sondern nur in Sachen von allgemeinerer Bedeutung, namentlich den eine Corporation betreffenden.[o])

Es ist in der dritten Periode bemerkt worden, daß die damaligen Principes durch die Rescripte mehr, als durch irgend eine andere Form ihrer Gesetzgebung auf die Fortbildung des Rechts einwirkten, versteht sich durch diejenigen, welche nicht bloße personales constitutiones waren, sondern einen Rechtssatz aussprachen und anwendeten. Auch ist erinnert worden, daß die Bedenklichkeiten, welche der Gebrauch dieser Form erregen konnte, durch den Einfluß der Juristen und ihrer Interpretation auf die Anwendung der Rescripte in gleichen Fällen entfernt wurden. Noch unter Diolectian ist es bei jenem Herkommen geblieben, unter den 1247 Constitutionen, die von ihm im justinianischen Codex stehen, werden 1220 Rescripte gezählt. Von Constantin an änderte sich dieß; die Kaiser wählten für ihre Gesetzgebung jene neue Form der Edicte, die für die eingreifenderen, zum Theil gewaltsamen Veränderungen des Rechts in der That die allein passende war, wie unter gleichen Umständen ihre Vorgänger der Senatusconsulta und Orationes sich bedient hatten.

In den Rescripten und Decreten der Imperatoren vor Constantin lag ein nicht unbeträchtlicher Theil des geltenden Rechts, der durch Sammlungen dem Gebrauch zugänglich gemacht wurde. Hätten nun die Kaiser nicht auf ihre Rescripte und Decrete denselben Werth, als Zeugnisse des bestehenden Rechts, welches darin auf einzelne Fälle angewendet wurde, legen, hätten sie den Richtern nicht empfehlen sollen, denselben Gebrauch davon auf gleiche Fälle, wie von jenen älteren zu machen?

Zwei Gründe konnten sie davon zurückhalten. Der eine war der Mangel eines Organs, welches, wie früher die Juristen, die Richter über die richtige Anwendung belehrt, das Wesentliche von dem Zufälligen, die Regel von der persönlichen Concession geschieden hätte, und das Mißtrauen in die Fähigkeit der Beamten, dieß selbst auf die rechte Art zu thun. Den andern Grund gab das Bewußtsein, daß auch in den Fällen, wo eine Entscheidung nach dem bestehenden Recht, nicht eine personalis constitutio zu erwarten gewesen wäre, ihre Entscheidungen häufig von individuellen Rücksichten eingegeben, und überhaupt von einer Beschaffenheit waren, die eine Berufung darauf in ähnlichen Fällen nicht wünschenswerth ma[illegible]te.

---

n) [Dirksen Abh. der Berl. Acad. 1846 April 23 behauptet, daß die Pragmatica weder den „eigentlichen" Rescripten zugezählt, noch durch eine solennere Form ausgezeichnet gewesen seien. Dennoch definirt derselbe Gelehrte in seinem Manuale v. Pragmatica s. Pragmaticum dieses Wort durch: Rescriptum principis solemne. Eine von beiden Behauptungen muß nothwendig unrichtig sein. R.]

o) L. 7 § 1 C. eod. [Dennoch kennt noch Justinian Pragmatiken in Bezug auf Einzelne: c. Haec quae § 2, c. Summa rei publ. § 4 Nov. C9 praef. Ein Beispiel giebt die Pragmatica bei Lydus de mag. III 29. Man hat deshalb Zeno's Verbot auf Pragmatiken nach vorgängigem Antrag (preces) beschränken wollen (Dirksen a. a. O. S. 52). Natürlicher ist die Annahme, daß es nicht streng gehalten worden ist. Savigny System I S. 129 b. R.]

So fanden sich Arcadius und Honorius 398 veranlaßt, die weitere Anwendung aller Rescripte über den Fall hinaus, für welchen sie erlassen sind, zu verbieten. Sie nennen nur die rescripta ad consultationem, auf Berichte der Beamten, weil vielleicht schon vorher dieser Grundsatz in Beziehung auf die übrigen feststand, während jene durch ihre Fassung den Edicten am nächsten standen, und darum die allgemeinere Anwendbarkeit noch bis dahin behalten hatten.[p]) Dasselbe wiederholten Theodosius und Valentinian, indem sie zugleich die genaue Befolgung der Rescripte in den Fällen, für welche sie gegeben sind, einschärfen.[q]) Von den Decreten scheint in diesen Gesetzen, wenigstens wie sie uns überliefert sind, nicht ausdrücklich die Rede zu sein. Und doch ist es theils im allgemeinen wahrscheinlich, daß auch ihnen die allgemeinere Gültigkeit entzogen wurde, theils wird dieß durch die Aeußerungen eines sogleich näher zu erwähnenden Gesetzes bestätigt. In der That aber ist die Nichterwähnung der Decrete, wenigstens des vornehmsten Falls derselben, der kaiserlichen Entscheidung auf Appellation, nur scheinbar. Diese Entscheidung, die früher in der besonderen Form eines Decrets geschah, erfolgte nach dem neueren Appellationsverfahren seit Constantin in der Form eines Rescripts,[r]) und sie wird durch einen Bericht des Richters, von dessen Sentenz appellirt wird, also durch eine consultatio (post sententiam) eingeleitet, so daß der größte Theil der kaiserlichen Decrete der Form nach selbst unter die Rescripte fällt.[s])

Wenn hierdurch die Edicte als die einzigen leges generales anerkannt zu sein schienen, so war es doch keineswegs die Meinung der Kaiser, sich die Möglichkeit, in Rescripten eine allgemein zu befolgende Vorschrift zu machen, ganz zu verschließen. Auch darüber haben Valentinian und Theodosius eine Bestimmung getroffen.[t]) Als eine lex generalis soll nicht bloß ein allgemein, namentlich an den Senat oder an alle Behörden verkündigtes Gesetz gelten (ein eigentliches Edict), sondern auch eine Verfügung, die nicht motu proprio, vielmehr auf eine Bittschrift, oder auf eine Relation, überhaupt bei Gelegenheit eines Rechtsstreits erlassen worden ist (sive eas nobis spontaneus motus ingesserit, sive precatio, sive relatio, vel lis mota legis occasionem postulaverit), also mit einem Wort, auch ein Rescript oder Decret soll eine allgemeine Anwendbarkeit haben, wenn darin ausdrücklich gesagt ist, daß es auf ähnliche Fälle an-

---

p) L. 11 (9) C. Th. de div. rescr. (1, 2). Savigny (System I § 24) hält dieß nicht für eine Neuerung, indem er glaubt, den Rescripten habe von jeher die Gesetzeskraft für andere Fälle gefehlt. Diese Meinung ist oben (§ 111) widerlegt worden, sie wird auch nicht durch den Wortlaut des angeführten Gesetzes unterstützt: Rescripta ad consultationem emissa vel emittenda *in futurum* iis tantum negotiis opitulentur, quibus effusa docebuntur.

q) L. 2 C. de legib. (1, 14): Quae ex relationibus vel suggestionibus, vel consultatione in commune florentissimorum sacri nostri palatii procerum auditorium introducto negotio statuimus, vel quibuslibet corporibus — donavimus, nec generalia iura sint, sed leges faciant his duntaxat negotiis atque personis, pro quibus fuerint promulgata etc.

r) Bethmann-Hollweg Handbuch I S. 363.

s) Rescripta ad consultationem (Note p) begreifen also die ad consultationem ante sententiam (eigentliche Rescripte) und die ad cons. post s. (die Decrete.) Eben so ist in der Stelle der Note q das Wort consultatione (das außerdem eine leere Wiederholung enthielte) von einer cons. post s. zu verstehen. Im justinianischen Codex half die Unbestimmtheit des Ausdrucks dazu, den Widerspruch mit der nachher anzuführenden L. 12 desselben Titels zu entfernen (Note y).

t) L. 3 C. de legib. (1, 14). Das Gesetz ist von 426, und hat genau dasselbe Datum wie das s. g. Citirgesetz (§ 134). Das Note q angeführte wäre nach der handschriftlichen Subscription von gleichem Ort und Tag, aber ein Jahr früher, also von 425. Das Wahrscheinlichere ist, daß die Subscription in letzterer Hinsicht verdorben ist, und diese drei Gesetze, wie noch einige andere in den Sammlungen vorkommende, abgerissene Stücke Eines größern Gesetzes sind s. § 134 Note f). [Diese Vermuthung ist jetzt durch handschriftliche Ueberlieferung bestätigt.]

gewendet werden solle, oder kürzer, daß es für Alle gelte, oder noch kürzer, daß es eine lex generalis sei, oder endlich, wenn es sich selbst ein Edict nenne (inserto edicti vocabulo). Man kann sagen, die Kaiser bestätigen dadurch den Grundsatz, daß nur Edicte leges generales sein sollen, aber sie dehnen diesen Begriff aus, und nehmen neben den eigentlichen Edicten noch uneigentliche, oder solche an, die dafür gelten sollen, ohne es eigentlich zu sein.[u])

Die Veränderung, welche mit der Gesetzeskraft der Rescripte und Decrete vorging, läßt sich daher auf folgendes einfache Resultat reduciren. Auch jetzt sollte es noch zwei Arten solcher Verfügungen geben, wie in der früheren Zeit: constitutiones personales und solche, welche die Eigenschaft einer lex generalis besitzen. Der Unterschied zwischen dem jetzigen und dem früheren Recht ist nur der, daß die Entscheidung der Frage, ob ein Rescript zu der einen oder der andern Classe gehöre, früher dem Urtheil der Richter und Sachverständigen überlassen, jetzt aber lediglich dem Kaiser vorbehalten war, der in der fraglichen Verordnung selbst sie in irgend einer Art für eine lex generalis erklärt haben mußte, wenn sie als solche sollte behandelt werden dürfen. Dieses Bestreben, dem eigenen Ermessen und Urtheil der Behörden möglichst wenig Raum zu geben, wird auch in vielen andern Punkten des Rechts sichtbar.

Justinian hat es bei diesem Stand der Sache in Beziehung auf die eigentlichen Rescripte gelassen.[v]) Er war ohnedieß dem Rescriptsverfahren, wodurch der Kaiser mit einer Unzahl von Gesuchen und Berichten behelligt ward, nicht geneigt, später schaffte er die Rescripte in Proceßsachen auf Parteibittschriften ganz ab, indem er den Richtern verbot, Rücksicht auf ein solches zu nehmen, auch wenn eine Partei sich eines zu verschaffen gewußt hätte.[w]) Dieß geschah 541, drei Jahre nachher untersagte er auch die Consultationen der Richter (ante sententiam), die er dort noch gestattet hatte, und befahl ihnen, die Processe nach ihrer eigenen Einsicht zu entscheiden.[x]) Dagegen hat er für die kaiserlichen Decrete, welche auf Vernehmung beider Parteien erlassen und in feierlicher Gerichtssitzung publicirt sind, durch ein allgemeines Gesetz ihre Anwendbarkeit in gleichen Fällen ausgesprochen, also ihnen die Eigenschaft einer lex generalis gegeben, ohne daß diese in jedem einzelnen Decret ausgedrückt zu sein braucht, wie die früheren Kaiser vorgeschrieben hatten.[y]) Justinian fügt in demselben Gesetz noch eine Bestimmung über die Interpretation hinzu, deren Sinn sehr zweifelhaft ist: cum igitur et hoc in veteribus legibus in-

---

u) Zu diesen uneigentlichen Edicten gehören aber nicht die Verordnungen, die an die oberen Behörden, z. B. an die Präfecti Prätorio, gerichtet und überschrieben sind (abgesehen von dem Fall einer Consultatio), sondern dieß sind wahre Edicte im Sinne dieser Periode Ich halte daher die Darstellung von Savigny, der sie als Rescripte auffaßt, nicht für richtig.

v) L. 13 C. de sent. et interloc. (7, 45). Kein Richter soll sich durch die Autorität einer auf Consultatio gegebenen kaiserlichen Entscheidung abhalten lassen, bei der Beurtheilung ähnlicher Fälle seiner eigenen Einsicht zu folgen, noch viel weniger sollen die Urtheile der obersten Behörden eine solche äußere Autorität haben, cum non exemplis sed legibus iudicandum sit.

w) Nov. 113 c. 1. *x*) Nov. 125.

y) L. 12 pr. C. de leg. (1, 14): si imperialis maiestas causam cognitionaliter examinaverit et partibus cominus constitutis sententiam dixerit, omnes omnino iudices, qui sub nostro imperio sunt, sciant, hanc esse legem non solum illi causae, pro qua producta est, sed et omnibus similibus etc. Eine solche Untersuchung und Entscheidung durch den Kaiser erfolgte nur noch bei der Appellation von den Sentenzen der iudices illustres, nicht der iudices spectabiles L. 32 C. de appell. (7, 62), und die Entscheidung hat, wenn gleich noch immer more consultationis appellirt wurde (mit einem Bericht des iudex a quo), unter Justinian wieder mehr die Form eines eigentlichen Decrets angenommen. Daher heißt es: partibus cominus constitutis sententiam dixerit.

venimus dubitatum, si imperialis sensus legem interpretatus est, an oporteat huiusmodi regiam interpretationem obtinere, eorum quidem vanam subtilitatem tam risimus, quam corrigendam esse censuimus. Definimus autem omnem imperatorum legum interpretationem, sive in precibus, sive in iudiciis, sive alio quocunque modo factam, ratam et indubitatam haberi; si enim in praesenti leges condere soli imperatori concessum est, et leges interpretari solo dignum imperio esse oportet. Glück[z]) glaubt, die allgemeine Anwendbarkeit der Decrete werde dadurch auf den Fall beschränkt, wenn darin eine authentische Interpretation früherer Gesetze gegeben werde, und unter dieser Voraussetzung sei auch den Rescripten (vermöge der Worte: sive in precibus) jene Gültigkeit beigelegt, eine Meinung, in der eine gewisse, nur mit falschen Vorstellungen vermischte Wahrheit liegt. Savigny dagegen glaubt, es sei hier nur von der Gültigkeit der Rescripte für den einzelnen Fall die Rede, wobei in der That unerklärlich wäre, wie man diese bloß darum hätte bezweifeln können, weil das Rescript eine Interpretation enthielt.

Vor allem ist festzustellen, daß in diesem zweiten Theil des Gesetzes so gut als in dem ersten, mit dem er auch im Ausdruck (cum igitur et) zusammenhängt, von der allgemeinen Gültigkeit der Verordnungen die Rede ist. Der Kaiser beschließt den ersten, der ausdrücklich von der allgemeineren Anwendung der Decrete handelt, mit der Berufung auf die alten Juristen, welche diese anerkannt hätten: constitutiones, quae ex imperiali decreto processerunt, *legis vim obtinere*, und er fährt fort, indem er das Wort obtinere wiederholt, welches er unter diesen Umständen offenbar hier in keinem andern Sinn vernünftigerweise gebrauchen kann. Daß ferner die veteres leges, von denen Justinian spricht, nicht auf die Zeit der classischen Juristen bezogen werden dürfen, ergiebt sich aus demselben Zusammenhang, es sind Verordnungen seit jenen die Wirksamkeit der Rescripte und Decrete einschränkenden Gesetzen von Arcadius und von Theodosius und Valentinian. Die Combination unseres Gesetzes mit diesen setzt uns in den Stand, mit vollkommener Sicherheit seinen Inhalt folgendergestalt zu bestimmen. Nach jenen Gesetzen sollte kein Rescript allgemeinere Anwendbarkeit haben, wenn ihm nicht dieselbe in der oben ausgeführten Art ausdrücklich beigelegt worden sei. Nun entstand das Bedenken: es wird ein Rescript erlassen, worin eine authentische Interpretation einer früheren lex generalis enthalten ist, ohne daß ausdrücklich gesagt wird, daß diese Interpretation allgemein gelten, also das sie enthaltende Rescript die Kraft eines Edicts haben solle. Dieses Bedenken nun beseitigt Justinian. Eine solche Interpretation habe allgemein bindende Kraft, in welcher der gesetzlichen Formen sie auch gegeben sei, also auch in einem Rescript. Denn indem ein Kaiser verfügt, eine lex generalis solle in diesem Sinn verstanden und angewendet werden, giebt er seinen Willen, daß dieser Satz allgemein gelten solle, eben so ausdrücklich und unzweideutig zu erkennen, als, wie das Gesetz Valentinian's sagt, inserto edicti vocabulo. Mit einem Wort: die authentische Interpretation einer lex generalis ist eben so für eine lex generalis zu achten, wie diese selbst.

CXXXII. Von den Gesetzen der Kaiser, namentlich den eigentlichen, also abgesehen von den constitutiones personales, sind uns so viele überliefert, daß man es fast für unwahrscheinlich halten könnte, es sei uns eine beträchtliche

z) Erläuterung der Pand. I § 96 S. 538.

Anzahl derselben entzogen. Und doch ist dieß gewiß der Fall. Die meisten und wichtigsten, ja fast alle, die wir besitzen, sind durch Sammlungen auf uns gekommen, welche davon theils in dieser Periode selbst, theils noch später angelegt worden sind.[a]) Diese Sammlungen sind zum Theil solche, welche, ohne eine Vorarbeit vor sich zu haben, unmittelbar aus den Archiven gemacht wurden,[b]) zum Theil benutzen sie vorhergehende Sammlungen, indem sie daneben auch noch nicht gesammelte Constitutionen aufnehmen.[c]) In den Sammlungen sind sehr viele Gesetze nur unvollständig, viele auch in mehreren, von einander getrennten und an verschiedene Orte vertheilten Stücken aufgenommen, ja die officiellen Sammlungen enthalten überdieß vielfache materielle Veränderungen und Interpolationen, so daß der historische Gebrauch derselben Vorsicht erheischt; besonders gilt dieß von der vollständigsten, dem justinianischen Codex. Einer Aufzählung dieser Sammlungen bedarf es nicht, sie werden, so weit sie selbst zu den rechtsgeschichtlichen Momenten dieser Periode gehören, in den folgenden Abschnitten an ihrem Ort vorkommen. Einige Constitutionen sind uns theils in Inschriften auf Stein, theils in sonstigen Abschriften (besonders oder in andern Werken) überliefert.[d])

Gebrauch der Rechtsquellen in den Gerichten.

CXXXIII. „Das Recht ist theils geschrieben theils ungeschrieben, jenes enthalten die Leges, Senatusconsulta, Constitutiones Principum, Edicta Magistratuum, Responsa Prudentium, dieses wird aus der consuetudo entnommen." Dieß war die Anweisung, welche jeder damalige Richter bei seinem Rechtsstudium erhalten hatte, er las es in den Institutionen des Gaius und anderen Schriften für den Unterricht, er hörte es von seinen Lehrern. In der Wirklichkeit reducirten sich diese Quellen auf die juristischen Schriften, welche gesetzliche Autorität hatten, und die kaiserlichen Gesetze. In den ersten fand man auch die Leges, Senatusconsulta, magistratische Edicte, und die Constitutionen der früheren Principes, erläutert, und für die unmittelbare Anwendung zurechtgelegt; keinem Richter fiel es ein, unabhängig von den Büchern der alten Juristen Untersuchungen über jene älteren Quellen und aus ihnen anzustellen.[a])

Zwei Quellen also waren es, die wirklich in den Gerichten unmittelbar gebraucht wurden, und sie werden in der Sprache dieser Zeit durch die Aus-

---

a) Zu diesen letzteren gehört die kleine Zusammenstellung von Constitutionen, welche zuerst Sirmond (s. oben § 126 Note c) vollständig herausgegeben hat, und von welcher Hänel (in der ebendaselbst citirten Schrift) glaubt, sie sei etwa im siebenten Jahrhundert zu Lyon gemacht worden. Hänel hat die Sammlung auch von neuem herausgegeben 1844, hinter seiner Ausgabe der Novellen des theodosischen Codex.

b) Z. B. der theodosische Codex.

c) Z. B. der justinianische Codex. Die vorhin erwähnten Sirmond'schen Constitutionen enthalten mehrere Gesetze aus dem theodosischen Codex, aber auch solche, von denen sich nicht angeben läßt, ob sie etwa aus einer andern uns unbekannten Sammlung, oder unmittelbar aus Archiven genommen sind.

d) Vgl. Haubold (Spangenberg) monum. leg. n. 67—70. 73. 74. Das bedeutendste dieser Ueberbleibsel, ein Edict Constantin's über die Accusationen, ist herausgegeben und erläutert von Klenze Zeitschr. für gesch. Rechtswissensch. IX 3. Dazu ist zu vergleichen die Restitution von Baudi di Vesme krit. Jahrbücher für D. Rechtsw. 1839 S. 177 ff. [C. I. L V n. 2781. Eine Sammlung der Constitutionen, welche nicht in die Codices constitutionum übergegangen sind, giebt Hänel's Corpus legum. Lipsiae 1857.]

a) Savigny Gesch. des R. R. im M. A. I S. 27.

drücke ius et constitutiones, iura et leges zusammengefaßt.[b]) Ius (auch ius vetus) bedeutet die Schriften der recipirten Juristen der Vorzeit, mit allem, was von andern Quellen darin sich findet. Die juristischen Schriftsteller der Gegenwart hatten diese Autorität nicht, weder für ihre Gutachten noch für ihre Schriften. Insofern freilich diese Schriften Compilationen aus älteren Quellen enthielten, und dieser Inhalt beglaubigt war, wurden sie um seinetwillen als Quellen betrachtet und gebraucht. So kam es, daß auch die Privatsammlungen von älteren Constitutionen bis auf Constantin mit zu dem ius gerechnet wurden, ein Sprachgebrauch, der, wenn er auch nicht ganz constant ist, doch für die natürlich war, die gewohnt waren, diese älteren Constitutionen in den juristischen Schriften zu suchen, und denen die in ihnen vorherrschende Form der Rescripte und Decrete als eine fast vergangene erschien. Leges heißen in diesem Gegensatz[c]) die Constitutionen der Kaiser, und zwar die leges generales, also die Edicte und die sonst mit der vis edicti bekleideten; sie enthalten die neue Gesetzgebung, gegenüber jenen älteren Elementen des geltenden Rechts. Wurden diese letzteren durch einen Gesetzgeber zusammengestellt und neu promulgirt, so nahmen sie dadurch selbst die Form der Leges an, und konnten mit diesem Namen bezeichnet werden. So geschieht es, daß Justinian, der das ganze bestehende Recht älteren und neueren Ursprungs in eine neue Form brachte, die Stellen aus den Schriften der römischen Juristen, welche er in seine Digesten aufnahm, leges nennt.[d])

Die Geschichte dieser Rechtsquellen in Beziehung auf ihren Gebrauch in den Gerichten ist es, die nun näher bis auf Justinian dargestellt werden soll.

A. Ius.

CXXXIV. In der classischen juristischen Literatur war dem Richter eine sehr vollständige Rechtsquelle geboten, mit deren rechter Benutzung er allen Ansprüchen, die sein Amt an ihn machte, gewachsen war. Was sehr hoch anzuschlagen ist, und durch keine andere Rechtsquelle in dieser Vollkommenheit gewährt werden konnte: der wahre Gebrauch derselben hätte einen geistig bildenden und veredelnden Einfluß haben müssen. Diesen Gewinn zu ziehen, und jene praktische Benutzung mit Erfolg zu machen, dazu hätte es keineswegs eines den Gaben der alten Juristen gleichkommenden Genies, aber freilich einer gewissen Regsamkeit des Geistes, einer Empfänglichkeit für die Wissenschaft bedurft. Diese war in dieser Richtung wie ausgelöscht. So traf es sich, daß, was einer besseren Zeit ein wünschenswerthes Gut gewesen wäre, der damaligen eine Last wurde.

Es erhoben sich bedeutende Schwierigkeiten bei dem Gebrauch dieser Quelle.

---

b) L. 5 C. quor. appell. (7, 65) L. 1 § 2. 3 C. de veteri iure enucleando (1, 17).

c) Natürlich ist der obige Gebrauch des Worts nicht der einzige. So ist in der damaligen Sprache dasselbe auch für Recht überhaupt gebraucht worden, gleichviel aus welcher Quelle es stamme, wie bei uns die Nichtjuristen das ganze Recht eines Volks seine „Gesetzgebung," alle Rechtssätze „Gesetze" zu nennen pflegen. [Einfacher und geschichtlich richtiger dürfte es sein, den Gegensatz von Jus und Leges so zu fassen, daß man unter Jus das in den christlichen Staat hinübergenommene Recht des vorchristlichen, unter Leges die durch die Christianisirung des Staats nöthig gewordenen Reformen (§ 129) versteht, also nicht sowohl von den Organen als vom Inhalt des Rechts ausgeht. Daß die älteren Constitutionen zum Jus, die neueren zu den Leges gerechnet werden, ist nur von diesem Standpunkt aus ungezwungen zu erklären. R.]

d) L. 2 § 10. 20 C. de vet. iure enucl. (1, 17).

Vor allem war es die Vortrefflichkeit des bei weitem größten Theils jener Schriften selbst, die sie als etwas dieser Zeit Fremdes erscheinen ließ, und sie zu einem ihrer Fassungskraft Unerreichbaren machte. Jedes Zeitalter wird eine größere oder kleinere Masse von Menschen aufzuweisen haben, denen nur das Mittelmäßige (um nicht von dem Schlechten zu reden) homogen ist, welche keine stärkere Antipathie kennen, als gegen die geistige Zumuthung, die in dem Ungemeinen liegt, und es mag auch in einer besseren Zeit geschehen, daß in Zwischenräumen der Abspannung jene Popularität der Mittelmäßigkeit überhand nimmt. In jenen Jahrhunderten des römischen Kaiserthums aber erblicken wir eine Abgestorbenheit, an deren Stelle erst später unter andern Umständen und Einflüssen ein neues geistiges Leben entstehen und kräftig werden sollte. Es fehlt nicht an Versuchen von Bearbeitungen, wodurch man das Classische für den Sinn der Gegenwart zuzubereiten und genießbar zu machen gedachte. Ein zweiter Uebelstand war die bedeutende Anzahl der Schriften, man fühlte sich dadurch bedrückt, weil man den organischen Körper, den sie darstellten, nicht zu beherrschen vermochte. Indem man sie rein mechanisch auf sich wirken ließ, blieb man, wenn man die eine Hälfte durchgegangen hatte, in der peinlichen Ungewißheit, ob nicht vielleicht in der andern das Entgegengesetzte enthalten sei. Wollte man sich aber in die Lage versetzen, wenigstens den größten Theil derselben in jedem Augenblick nachzuschlagen, welches Capital war nothwendig, um sie sich zu verschaffen! Justinian versäumt nicht, seine Gesetzgebung auch von dieser Seite zu empfehlen: man könne sich nun ohne große Kosten in den Besitz alles für einen Richter Wissenswürdigen setzen.[a]) Ein einfaches Mittel bot sich dar, um diesem Uebel abzuhelfen, und zugleich jener Unbequemlichkeit des Vorzüglichen und Schwerverständlichen bis auf einen gewissen Grad auszuweichen. Man brauchte sich nur auf eine mäßige Anzahl von Büchern, und zwar von solchen, die ihrem Inhalt und ihrer Fassung nach den Fähigkeiten der Zeit noch am wenigsten widerstrebten, zu beschränken. Dieser Weg wurde denn auch durch eine stillschweigende Uebereinkunft eingeschlagen, die sich allmählich befestigte. Gewisse Bücher waren für den Unterricht auf den Schulen gebräuchlich geworden, die an verschiedenen Orten theils als öffentliche Institute, theils als Privatanstalten bestanden. Man begann das Rechtsstudium mit den Institutionen des Gaius, darauf folgten die Commentarien zum Edict, namentlich von Ulpian und Paulus, dieser letzte hatte überdieß selbst für einen bequemen, und diese Zeit besonders ansprechenden Auszug aus seinem größeren Werk durch seine sententiarum libri V gesorgt (§ 104, 14) zu diesen kamen einige andere Werke des Paulus (responsa und quaestiones), den Beschluß machte Papinian, der nicht zu umgehen war, da er einer vorzüglichen Autorität genoß. Auch Modestinus hatte einen Anspruch auf Berücksichtigung, da er der Gegenwart am nächsten stand. So erklärt sich, daß Gaius, Papinian, Ulpian, Paulus die Hauptbücher für die Praxis wurden. Die auf den Schulen gebrauchten Schriften darf man bei jedem Richter voraussetzen, die Bibliothek der meisten ging schwerlich weit darüber hinaus. Wahrscheinlich war in dieser Beziehung auch ein Unterschied zwischen den verschiedenen Landestheilen; abgesehen von dem unvermeidlichen Gaius, und von Papinian, welchem man überall eine unfruchtbare Verehrung zu beweisen sich beeiferte, scheint im Occident vornehmlich Paulus, namentlich in seinen Sententiae und Responsa, im Orient mehr Ulpian und etwa Modestin gebraucht worden zu sein.[b])

a) L. 2 § 13 C. de vet. iure enucl. (1, 17).

b) In der consultatio (§ 104, 9), im Breviarium und im Papian kommt Paulus, aber

Aber der Gebrauch dieser Quelle bot noch eine Schwierigkeit dar, welche ohne Hülfe von oben sich nicht entfernen ließ. Unter jenen Juristen gab es Controversen, wie sollte sich hier ein Richter verhalten, dem und dessen Beisitzern es an wissenschaftlicher Einsicht, und damit an der Fähigkeit fehlte, sich eine begründete Ueberzeugung zu bilden? In den Institutionen des Gaius fand man eine Regel für diesen Fall gegeben: iudici licet, quam velit, sententiam sequi. Aber wenn dieß auch den gewöhnlichen Richtern ganz bequem erscheinen mochte, so konnte es doch unter diesen Umständen weder den Parteien noch den Regenten einleuchten. Wir finden, daß die Kaiser diesen Punkt sich besonders angelegen sein ließen.

Zuerst griff man die Sache so an, daß man die Controversen selbst zu vermindern suchte. Dieß ist der Zweck einer Verordnung Constantin's vom Jahre 321.[c]) Ulpian und Paulus hatten Noten zu Papinian geschrieben, in welchen sie ihn häufig zu widerlegen, zum Theil allerdings auch nur zu erläutern suchten (§ 100 Note p). Der Kaiser wollte hier die Meinung Papinian's vorgezogen wissen, er glaubte aber vollständiger seinen Zweck zu erreichen, und eine ganze Reihe von Controversen mit einem Schlage zu vernichten, wenn er lieber gleich jenen notae durchgängig die gesetzliche Autorität entzog. Eine gleiche Verfügung wurde, wir wissen nicht zu welcher Zeit, in Beziehung auf die Bemerkungen Marcian's zu Papinian getroffen.[d]) Jenes Gesetz hatte in den Gerichten des Occidents, wo Paulus und besonders seine Sententiae eine Hauptquelle zu sein angefangen hatten, eine Bewegung hervorgerufen, die Verdammung, die eine Schrift dieses Autors getroffen hatte, schien auch die Autorität der übrigen prekär zu machen, selbst die der Sententiae, die man auf keine Weise entbehren wollte und konnte. Constantin beschwichtigte diese Unruhe durch ein Gesetz von 327, welches von Trier wie es scheint datirt ist, und in dem er mit beruhigenden Lobsprüchen besonders auf die Sententiae, die sämmtlichen Schriften des Paulus (ohne jedoch jenes Gesetz zurückzunehmen) ausdrücklich bestätigte.[e])

Jene Maßregel gewährte nur eine sehr partielle Hülfe. Eine umfassendere sollte ein Gesetz von Theodosius II und Valentinian III vom Jahre 426 geben, welches zu den merkwürdigsten Momenten der Rechtsgeschichte dieser Periode gehört, auch wenn es, wie wir sehen werden, nicht so tief in den damaligen Rechtszustand eingriff, als man gewöhnlich angenommen hat.[f])

---

nicht Ulpian vor, die Digesten Justinian's sind nicht exclusiv, aber die Stellen Ulpian's betragen noch einmal so viel als die des Paulus, und den dritten Theil des Ganzen.

c) L. 1 C. Th. de respons. prud. (1, 4): Perpetuas prudentium contentiones eruere cupientes Ulpiani ac Pauli in Papinianum notas, qui dum ingenii laudem sectantur, non tam corrigere eum, quam depravare maluerunt, aboleri praecipimus. Sie gehört zu den erst in der neueren Zeit entdeckten Constitutionen des theodosischen Codex (§ 136). Die Sache selbst war schon aus L. 3 eod. und aus L. un. pr. C. Th. de sentent. pass. (9, 43), ferner L. 1 § 6 C. de vet. iure enucl. (1, 17) bekannt.

d) L. 1 § 6 C. cit.

e) L. 2 C. Th. de resp. prud. Auch dieß ist eine neuentdeckte Constitution, auf welche übrigens auch die consult. vet. iurisc. VII hinweist.

f) L. 3 (sonst un.) C. Th. de respons. prud. Puchta über das s. g. Citirgesetz v. J. 426, Kleine civil. Schriften 1851 S. 284 ff. [Sanio rechtshist. Abh. und Studien (1845) I 1 Num. 1.] Der Name Citirgesetz rührt von Hugo her. — Das Gesetz vom J. 426, von welchem die angeführte Stelle nur einen Theil enthält (sie beginnt mit den Worten post alia, und auch die Unvollständigkeit am Schluß ist angedeutet), betraf auch die Constitutionen, namentlich die Rescripte, wie die daraus anderswo erhaltenen Stücke ergeben: L. 2. 3 C. de legib. (§ 131 Note q. t.) L. 7 C. de prec. imp. off. (1, 19) L. 5 C. si contra ius (1, 22), ja noch andere da-

Das Gesetz verordnet, daß, wenn in den Gerichten aus den juristischen Schriften, welche Gesetzeskraft haben, von einander abweichende Aussprüche vorgebracht werden, die Stimmen gezählt werden sollen, so daß die Meinung gelten soll, für welche die meisten Autoren angeführt werden. Bei Gleichheit der Stimmen giebt die Meinung Papinian's den Ausschlag, der also jedem einzelnen vorgeht, aber zweien weicht. Entscheidet auch die Autorität Papinian's nicht, so kann der Richter beliebig wählen. Natürlich wird dem Richter nicht die Pflicht auferlegt, im Fall einer Controverse alle Schriften durchzulesen, um zu finden, welche Meinung wirklich die meisten Stimmen für sich hatte, er konnte es den Parteien überlassen, so viele Gewährsmänner als möglich für die ihnen günstige Ansicht aufzuspüren, wenn sie es dem zufälligen literarischen Besitz des Richters und seiner Kenntniß derselben nicht überlassen wollten. So war durch das Gesetz jenem Bedürfniß in der That auf eine sehr einfache, zwar der Natur der Sache möglichst unangemessene, aber dem Geist der Zeit höchlich zusagende Weise abgeholfen.[g])

Aber das Gesetz leitet diese seine Hauptbestimmung noch mit einer andern ein, und diese ist es, über welche sehr verschiedene Ansichten bestehen.[h]) Gewiß ist, daß sie die gesetzliche Gültigkeit der juristischen Schriften zum Gegenstand hat. Schon hier ist es bestritten, ob das Gesetz den Schriften diese Gültigkeit erst beilege, während sie früher dieselbe nicht gehabt hätten,[i]) oder ob es über dieselbe, die schon längst anerkannt war, nur eine besondere Verfügung enthalte. Diese Frage ist schon in der dritten Periode (§ 116. 117) gegen eine Meinung entschieden worden, und diese Entscheidung wird bestätigt theils durch die Art, wie unser Gesetz darüber sich ausdrückt, theils durch jene Gesetze Constantin's, welche die Gesetzeskraft der Schriften als eine hergebrachte Sache unzweifelhaft voraussetzen.

Der Gesetzgeber will, ehe er zu seiner Maßnahme über die Controversen in den geltenden Schriften fortschreitet, vor allem festsetzen, welche Schriften

---

mit nicht zusammenhängende Gegenstände, vgl. Hänel in s. Ausg. des theod. Cod. zu dem Titel de respons. prud.

g) [Sie läßt sich anknüpfen an das alte Institut der Consilien des Princeps und der Magistrate (§ 123. 153), in denen von jeher die Majorität der Stimmen (maioris partis consilii sententia: L. Aeilia: repet. v. 56), später auch wohl die Meinung einzelner besonders hervorragender Juristen (L. 17 pr. D. de iure patr. 37, 14) den Ausschlag gegeben hatten. Als die Zuziehung lebender juristischer Rathgeber aufhörte (§ 123 Note m), übertrug man dieß auf die Consilien der verstorbenen. R.]

h) Die Worte sind: Papiniani, Pauli, Gaii, Ulpiani atque Modestini scripta universa firmamus ita, ut Gaium quae Paulum, Ulpianum et cunctos comitetur auctoritas, lectionesque ex omni eius opere recitentur. Eorum quoque scientiam, quorum tractatus atque sententias praedicti omnes suis operibus miscuerunt, ratam esse censemus, ut Scaevolae, Sabini, Iuliani atque Marcelli, omniumque, quos illi celebrarunt, si tamen eorum libri propter antiquitatis incertum codicum collatione firmentur. Nun folgt die obige Bestimmung über die Controversen; endlich werden die Verordnungen über die Notae von Paulus und Ulpian, und über die Sententiae des Paulus erneuert. Die Ordnung der zuerst genannten fünf Juristen erklärt sich (abgesehen von Papinian, der den Ehrenplatz einnimmt) daraus, daß das Gesetz von der Regierung Valentinian's III ausging (das Gesetz war von beiden Regierungen publicirt worden, — wenn nicht vielleicht im Orient erst durch seine Aufnahme in den theodosischen Codex — sein occidentalischer Ursprung aber wird dadurch bewiesen, daß es im theodosischen Codex, einem vom Oriente ausgegangenen Gesetzbuch, von Ravenna, dem damaligen Sitz der weströmischen Regierung datirt ist). Im Occident aber waren Paulus und Gaius die vorzugsweise gebrauchten Juristen. Ebenso wird auch nachher bei den notae Paulus vor Ulpian genannt, während im constantinischen Gesetz die umgekehrte Ordnung befolgt ist.

i) Dieß ist unter andern auch die Ansicht Savigny's Gesch. des R. R. im M. A. I § 3 S. 28. System I § 26.

Gegenstand dieser Verfügung sind, also als gültig betrachtet werden sollen. Er stellt eine Regel darüber auf, von der er hinterdrein noch besonders die Noten des Paulus und Ulpian ausnimmt. Welche Regel ist dies? Nach der früher allgemein angenommenen Meinung soll er die gesetzliche Autorität auf die Schriften der zuerst genannten fünf Juristen beschränkt haben, die Schriften aller andern Juristen sollen ungültig sein, nur wenn eine Ansicht von ihnen in den Werken jener fünf allegirt wird, soll man sich auf diese Ansicht berufen dürfen.[k]) Diese Auslegung des Gesetzes ist besonders durch die Voraussetzung veranlaßt, der Gesetzgeber habe die große Zahl von Schriften beschränken wollen, um den Richtern ihr Amt zu erleichtern. Aber soweit die Menge der Schriften eine Unbequemlichkeit für die Richter war, hatte man sich selbst geholfen, man bedurfte keines kaiserlichen Gesetzes dazu, da niemals die Vorschrift bestand, ein Richter müsse alle gültigen Schriften besitzen und nachsehen. Ueberdieß würde unter jener Voraussetzung das Gesetz so gut wie keine Abhülfe gewesen sein, denn unter jenen fünf Namen war eine so große Menge von Schriften begriffen, daß damit die Sache praktisch gar nicht gebessert war. Man hat ferner als einen Grund angeführt, daß in den Rechtsbüchern dieser Periode, soweit wir sie kennen, mit Ausnahme der justinianischen, bloß jene fünf Juristen vorkommen, aber in den meisten kommen nicht einmal jene fünf, sondern nur einige derselben vor, wodurch dieser Beweis schon sehr verringert wird, und dann, wodurch er sich völlig auflöst, deutet gar nichts darauf hin, daß das Citirgesetz die Ursache dieser Erscheinung war. Vielmehr ist umgekehrt die besondere Hervorhebung gerade dieser Namen im Gesetz als eine Wirkung davon zu betrachten, daß jene Juristen die gebräuchlichsten waren.

Ist nun diese Meinung nicht auf einigermaßen haltbare Gründe gestützt, so stehen ihr auf der andern Seite so entscheidende Gründe entgegen, daß sie schlechterdings aufgegeben werden muß. Vor allem in den Worten des Gesetzes selbst, sie bestätigen die Gültigkeit jener fünf Juristen, aber mit keiner Silbe sprechen sie, was doch die Hauptsache nach jener Meinung gewesen wäre, die Ausschließlichkeit derselben aus, sie sprechen von den übrigen Juristen ganz so, daß von einer geringeren oder beschränkteren Autorität derselben keine Andeutung geschieht, ja sie schreiben sogar eine Vergleichung der Schriften derselben vor (s. nachher). Sodann der Umstand, daß spätere Kaiser mehrmals die Schriften anderer Juristen als Rechtsquellen anführen.[l]) Endlich ist der Inhalt der Constitutionen, welche Justinian über die Abfassung der Digesten erlassen hat, schon für sich allein hinreichend, jene Meinung auszuschließen. Er geht von dem bisherigen Rechtszustand aus, weist die Compilatoren an, die

k) Der erste, der diese Meinung aufgestellt hat, ist der westgothische Römer, welcher die Interpretatio zu dem Gesetz im Breviarium verfaßt hat, nur ist er auf der einen Seite freigebiger, auf der andern sparsamer mit der Autorität als die Neueren. Er sagt nämlich: Gültigkeit haben alle die im Gesetz namentlich genannten (nicht bloß die fünf ersten), alle andern nicht. Der Unterschied zwischen den ersten fünf und den folgenden vier Juristen ist nach ihm nur der, daß man von den letzteren keine besonderen Werke habe, sie kämen nur in den Werken der ersten vor.

l) Leo und Anthemius in Beziehung auf Julian de dotali praedio L. 5 C. de bon. quae lib. (6, 61), Justinian (vor Abfassung der Digesten) in Beziehung auf Marcellus Noten zu Julian, und Marcianus über die Constitutionen des Severus L. 1 C. de comm. serv. manum. (7, 7), auf Marcian L. 10 pr. C. de adopt. (8, 48), auf Tertullianus de castrensi peculio L. 7 pr. C. de cur. fur. (5, 70). — Daß man sich, namentlich im Occident, in dem vorzugsweisen Gebrauch gewisser Schriften durch die Hervorhebung gewisser Namen im Citirgesetz nicht wenig bestärkt fand, ist damit nicht ausgeschlossen, wie es auch gar nichts auffallendes hat, wenn man im westgothischen Reich geradeweg bloß die genannten für recipirte Juristen hielt (Note k), der wirkliche Gebrauch blieb auch hinter dem so verstandenen Gesetz noch weit zurück.

recipirten Juristen zu excerpiren, ohne eine bisher geltende Beschränkung derselben auf fünf auch nur leise zu erwähnen, ja er hebt sogar ausdrücklich die Stimmenzählung des Citirgesetzes, und die wirklich darin vorkommende Verwerfung der Noten des Ulpian und Paulus auf, ohne der viel wichtigeren Beschränkung, die es nach der gewöhnlichen Erklärung enthalten hätte, zu gedenken. Hätte das Citirgesetz wirklich den Inhalt gehabt, den ihm jene Meinung beilegt, so würden die Compilatoren nach der Fassung dieser Anweisung die Digesten nur aus jenen fünf Juristen haben zusammensetzen können.[m])

Der wahre Inhalt der Bestimmung des Gesetzes, von der wir sprechen, ist folgender. Es ist schon bemerkt worden, daß der Gesetzgeber erklären will, welche Juristen gültig sein, also bei der nachher verfügten Stimmenzählung eine Stimme haben sollen. Seine Absicht ist nicht, einen recipirten Juristen auszuschließen, aber er will ein Kennzeichen geben für die Eigenschaft der Reception. Dieß war nothwendig, weil manche Schriften umliefen, deren Verfasser keine Autorität erhalten hatten,[n]) und es mußte ein möglichst äußeres Kennzeichen sein, um der damaligen Zeit zu passen. Was entscheidet die Reception? die Ertheilung des Jus Respondendi;[o]) woraus erkennt man diese Ertheilung? daraus, daß ein Jurist von andern recipirten als Autorität citirt wird.[p]) Wie konnte also der Gesetzgeber jenen Zweck erreichen? Dadurch, daß er einige der neuesten Juristen nannte, mit denen die Reihe der autorisirten aufhört, wobei er natürlich die zu wählen hatte, welche am meisten verbreitet waren, und daß er erklärte: diese gelten und sodann alle die, deren Ansichten von jenen angeführt werden. Damit war er sicher, alle recipirten Juristen zu begreifen, und alle nicht recipirten auszuschließen. Dieß ist es nun, was der Gesetzgeber wirklich gethan hat, was in seinen Worten (Note h) deutlich enthalten, und mit unseren übrigen Nachrichten in vollkommener Uebereinstimmung ist. Eine Ausschließung ist in seiner Vorschrift enthalten, aber nur eine Ausschließung der niemals recipirten, besonders auch aller Schriftsteller nach Modestin.

Zwei Punkte des Gesetzes bedürfen noch einer besonderen Erläuterung. Der eine besteht in der Art, wie Gaius erwähnt wird. Dieser kommt nicht bloß in der Reihe der zuerst genannten Juristen vor, deren Autorität bestätigt wird, sondern es wird ihm nachher noch besonders und nachdrücklich diese Autorität beigelegt. Dieß zeigt, daß in Beziehung auf ihn die Ertheilung der Gesetzeskraft etwas neues war, was denn vollkommen mit dem übereinstimmt, was auch aus andern Gründen oben (§ 99) vermuthet worden ist. Er war

---

m) L. 1 C. de veteri iure enucl. (1, 17). — Alle diese Gründe sind näher ausgeführt in der oben Note f citirten Abhandlung. Danz Lehrb. der Gesch. des R. R. (1840) S. 113 fügt nicht mit Unrecht noch die Stelle der L. 2 § 20 C. eod. hinzu, wo Justinian bei der Promulgation der Digesten erklärt, er habe darin die Juristen (legislatores vel commentatores) ausgewählt, quos et anteriores piissimi principes admittere non sunt indignati.

n) So sagt auch Justinian L. 1 § 4 C. de vet. iure enucl.: — quia autem et alii libros ad ius pertinentes scripserunt, quorum scripturae nullis auctoribus receptae nec usitatae sunt, neque nos eorum volumina nostram inquietare dignamur sanctionem. Diese Worte sind eine dem Sinn nach genaue Wiederholung der uns hier beschäftigenden Vorschrift des Citirgesetzes.

o) S. oben § 116 und Justinian a. a. O.: iubemus igitur vobis antiquorum prudentium, quibus auctoritatem conscribendarum interpretandarumque legum sacratissimi principes praebuerunt, libros ad ius romanum pertinentes et legere et elimare etc.

p) S. oben § 117 und Justinian a. a. O. (Note n): quorum scripturae *nullis auctoribus* receptae sunt.

einer der verbreitetsten Schriftsteller, man brauchte ihn ohne Zweifel damals auch in den Gerichten; gegen diesen Gebrauch waren Zweifel erhoben worden, der Gesetzgeber schlägt sie, wahrscheinlich zu großer Genugthuung aller Studirenden und Justizbeamten seiner Zeit, ein für allemal nieder.

Vielerlei Meinungen sind über die Worte si tamen eorum libri propter antiquitatis incertum codicum collatione firmentur geäußert worden. Die Worte stehen in Beziehung zu den Juristen, die von jenen fünf citirt werden. Ich habe sie früher dahin erklärt, daß dadurch bei den älteren, denen manche Bücher untergeschoben wurden, die Authentie des Werks durch alte Handschriften hergestellt sein müßte.[q] Diese Erklärung scheint unvermeidlich, wenn eorum libri sich auf die Bücher der Citirten bezieht. Aber diese Worte können auch auf die Citirenden bezogen werden, denn es geht unmittelbar vorher quos *illi celebrarunt*, eine Wiederholung des früheren suis operibus miscuerunt. Nun ist der Sinn der Stelle folgender: Man kann sich auf einen Juristen berufen, dessen Ansichten von einem jener fünf angeführt werden, und er zählt daher auch mit, wenn es auf die Zahl der Stimmen ankommt, aber dieß ist nur zulässig, wenn die Ansicht in dem Werk des citirten Juristen wirklich nachgewiesen, der Inhalt der citirenden Bücher (das Citat) durch Vergleichung der citirten Werke selbst (codices) bestätigt wird.[r] Das Gesetz führt als Grund an, daß die Citate in und aus solchen alten Schriften leicht unrichtig sein können; es mochte aber wohl auch der Gedanke zu Grunde liegen, daß es nicht so gar leicht gemacht werden sollte, in der Art von Glücksspiel, das bei Controversen eingeführt wurde, seine Trümpfe zu vermehren.

Die oströmische Regierung trug sich um dieselbe Zeit, als im Occident das bisher besprochene Gesetz erschien, mit einem weitergehenden Plan, der Abfassung eines Gesetzbuchs aus den juristischen Schriften. In einem Gesetz von 429, welches den ersten Befehl zur Abfassung des theodosischen Codex enthält,[s] erklärt Theodosius: wenn diese Constitutionensammlung vollendet sein würde, so werde noch ein zweites Gesetzbuch gemacht werden, welches das ganze für die Rechtsanwendung nöthige Material in sich fassen solle. Dieses werde nach Materien geordnet und unter Titel vertheilt enthalten: 1) die Constitutionen aus den dann vorhandenen drei Sammlungen (gregorianische, hermogenianische, theodosische), mit dem Unterschied, daß nur die jetzt noch geltenden daraus genommen werden sollten; 2) Auszüge aus den juristischen Schriften. Dieses Projects wird später nirgends mehr gedacht, seine Ausführung ist sicher unterblieben.

CXXXV. Es ist oben bemerkt worden, daß man die Constitutionen der früheren Principes, da die Hauptquelle dafür die juristischen Schriften waren, ebenfalls zu dem Ius zählte. In dieser Periode entstand das Bedürfniß einer besonderen Sammlung, zunächst veranlaßt durch die zahlreichen Constitutionen Diocletian's, die sich in ihrer Form noch größtentheils an die älteren anschlossen. Wie schon frühere Juristen auch wohl besondere Schriften zu den Constitutionen eines oder mehrerer Imperatoren geschrieben hatten, so unternahm ein damaliger etwas ähnliches in Beziehung auf die Gesetze Diocletian's, dehnte indessen

---

q) S. die Note f citirte Abhandlung.

r) Codex für das Werk selbst im Gegensatz zu einem Citat oder Auszug daraus. stimmt sehr wohl zu dem sonst gewöhnlichen Gebrauch dieses Worts.

s) L. 5 C. Th. de const. princ. (1, 1). Neu entdeckt.

seine Arbeit auch auf die Constitutionen der Vorgänger, wahrscheinlich bis auf Hadrian zurück, aus.[a]) Freilich war ein bedeutender Unterschied zwischen dieser Arbeit und jenen früheren, sie war dem Geist der Zeit gemäß eine bloße Compilation, außer der Eintheilung in Bücher und Titel mit Rubriken, und der Vertheilung der Constitutionen nach ihrem Inhalt unter sie verhielt sich der Verfasser wohl rein receptiv, ja selbst jenes Fachwerk gehörte ihm nicht eigenthümlich an, er folgte darin im Ganzen der Ordnung früherer Schriften über das gesammte Rechtsgebiet, namentlich der Edictswerke. Diese Sammlung wird sehr oft erwähnt, sie trägt den Namen codex gregorianus (auch corpus Gregoriani), eine Benennung, die von ihrem, sonst unbekannten, Verfasser hergenommen ist. Ihre Abfassung ist nicht vor das Jahr 295 zu setzen;[b]) man nimmt gewöhnlich das Ende der diocletianischen oder den Anfang der constantinischen Regierung als ihre Entstehungszeit an, ohne daß dafür einigermaßen zureichende Data vorhanden wären. Die Zahl der Bücher, in die sie abgetheilt war, ist ungewiß, ein dreizehntes Buch wird erwähnt,[c]) es ist ohne Zweifel nicht das letzte.

Zum Theil noch ungewisser ist Zeit, Umfang und Eintheilung bei einer zweiten Sammlung ähnlicher Art, die mit jener gewöhnlich zusammengestellt wird: codex hermogenianus. Auch dieser Name ist von dem des Verfassers gebildet; ein Hermogenianus kommt als Verfasser der in den justinianischen Digesten excerpirten libri epitomarum vor, mehrere Personen in hohen Staatsämtern in der zweiten Hälfte des vierten Jahrhunderts haben diesen Namen geführt;[d]) ob einer der letzten und die zwei ersten, oder wenigstens diese Eine Person waren, muß man dahin gestellt sein lassen. Von einer Eintheilung in Bücher wird bei dieser zweiten Sammlung nichts erwähnt, nur Titel und Rubriken kommen auch bei ihr vor. Die älteste Constitution, die ihr zugeschrieben wird, ist vom Jahre 291 oder 290,[e]) auch die übrigen sind meistens von Diocletian bis an das Ende seiner Regierung herab. Dieß hat eine Ausnahme. In der Consultatio (cap. 9) werden sieben Constitutionen von Valens und Valentinian, wahrscheinlich aus den Jahren 364 und 365, von denen drei Rescripte an Privatpersonen sind, dem hermogenianischen Codex (durch den Beisatz ex corpore Hermogeniani) zugeschrieben. Die vorgefaßte Meinung, daß die Sammlung älter sein müsse, die keineswegs hinlänglich begründet ist, hat manche Gelehrte bewogen, dieses Citat zu verwerfen. Dieß scheint bei einer Sammlung, von der und deren Verfasser wir so unvollständige Nachrichten haben, eine etwas leichtsinnige Kritik.[f]) Viel später als jene Constitu-

---

a) Der justinianische Codex enthält Constitutionen von Hadrian an, es ist nicht wahrscheinlich, daß er sie anderswoher als aus dieser Sammlung habe. Bei der Unvollständigkeit ihrer Ueberlieferung (s. unten) ist freilich eine Constitution des Septimius Severus v. 196 die älteste, die sich mit Sicherheit als Bestandtheil derselben angeben läßt. — Die Sammlungen, von denen hier die Rede ist, behandelt Jacobson de codicibus gregoriano et hermogeniano 1826.

b) Die neueste Constitution, die aus dem cod. greg. angeführt wird, ist ein exemplum edicti Diocletiani et Maximiani von diesem Jahr Coll. leg. mos. et rom. VI 4. Das Datum einer andern Constitution (lib. III tit. de fam. erc. 4, cf. Haenel ed.) von 296 ist ungewiß.

c) Fragm. Vat. § 266 a. 272. 285. 286. 288. Das Citat des 14. Buchs in Coll. leg. mos. et rom. I 8. III 4 beruht auf einer, allerdings sehr wahrscheinlichen, Emendation Blume's.

d) Heinecc. hist. iur. § 369.

e) Coll. leg. mos. et rom. VI 5. Es wird hier ausdrücklich bemerkt, daß dieselbe Constitution (von Diocletian) auch im gregorianischen Codex stehe, jedoch mit einem andern Datum (290).

f) Cujacius emendirte: ex corpore theodosiano, und setzte die sieben Constitutionen in den

tionen ist die Sammlung wohl nicht zu setzen. Als den sichersten Schlußpunkt der Zeit, in welcher sie entstanden sein kann, haben wir das Jahr 429, wo Theodosius sie erwähnt, indem er befiehlt, daß ad similitudinem gregoriani atque hermogeniani codicis ein dritter gemacht werden soll.[g]) Aber wir dürfen auch noch bis auf das Jahr 398 vorgehen, in welchem Arcadius und Honorius den weiteren Gebrauch von Rescripten für die Zukunft verbieten (§ 131 Note p). In diesem Verbot war der Inhalt jener Sammlungen nicht begriffen, aber es ist nicht anzunehmen, daß sie erst nach demselben gemacht sind.[h])

Das Resultat ist, es bestanden schon am Ende des vierten Jahrhunderts zwei Sammlungen von Constitutionen der Imperatoren vor Constantin und zum Theil auch späterer, sofern ihre Form der früher gebräuchlichen sich anschloß, also insonderheit, sofern diese späteren eigentliche Rescripte waren. Der gregorianische Codex, der gewöhnlich vor dem andern genannt wird, war der vollständigere, und wie es scheint der ältere; ist dieß richtig, so konnte der hermogenianische die Bestimmung eines Supplements haben; auf keinen Fall darf diese Eigenschaft zu genau verstanden werden, denn manche Constitutionen kamen in beiden vor.[i]) Diese Codices wurden viel gebraucht, sie gehörten zu den Hauptquellen des geltenden Rechts im Occident und Orient, hier hat sie erst Justinian, indem er ihren Inhalt in seine Gesetzgebung aufnahm, abgeschafft.

Wir befinden uns diesen Büchern gegenüber hinsichtlich ihrer Ueberlieferung auf uns in einer eignen Lage. Es ist nicht zu bezweifeln, daß wir einen sehr großen, ja wohl den bei weitem größten Theil der Constitutionen, die sie enthielten, besitzen (wenn auch nicht in ihrer vollen Integrität), denn die Verfasser des justinianischen Codex haben sie benutzt, und die darin enthaltenen Constitutionen vor Constantin mögen wohl alle oder fast alle aus jenen genommen sein.[k]) Dagegen sind die unmittelbareren Ueberlieferungen, aus denen wir die Form der Sammlungen selbst entnehmen könnten, so unvollständig, daß sie uns nur ein höchst unvollkommenes Bild von ihnen geben,

---

theodosischen Codex II 9: de pactis. Durch neuere Entdeckungen ist entschieden, daß sie nicht dahin gehören, Wenck cod. theod. libri quinque priores p. 109 sq. not. x. Der neueste Herausgeber des hermog. Codex schlägt einen andern Weg ein (Corp. iur. antei. bonn. p. 62*), er glaubt: der cod. theod. habe diese Constitutionen nicht enthalten, aber auch der hermog. nicht, zufällig habe sie ein Abschreiber desselben dazu geschrieben, durch einen zweiten Zufall habe der Verfasser der Consultatio diese Handschrift benutzt, durch einen dritten endlich habe er geglaubt, dieser zufällige Anhang gehöre mit zu dem Codex. Dieß ist gewiß nicht die wahrscheinlichste unter den hier möglichen Ansichten. — Viele nehmen an, jene Constitutionen seien bei einer späteren Revision in den hermogenian. Codex gekommen; man benutzt dafür die Bemerkung des Sedulius (Mitte des 5 Jahrh.): Hermogenianum doctissimum iuris latorem tres editiones sui operis confecisse —, die sich vielleicht auf den Codex bezieht. Auch diese Ansicht geht von einer Nothwendigkeit aus, die erste Entstehung des Werks höher hinaufzurücken, die gar nicht existirt.

g) L. 5 C. Th. de const. princ. (1, 1).

h) In Beziehung auf den gregorianischen Codex kommt als eine solche Zeitbestimmung hinzu, daß der h. Augustin (ad Pollentium II 7) ihn anführt.

i) Huschke (Zeitschr. für gesch. Rechtswiss. XIII S. 9) vermuthet, daß der Gregorianus zunächst für den Occident, der Hermogenianus für den Orient verfertigt worden sei. [Neuerdings hat er jedoch diese Vermuthung zurückgenommen und beide Sammlungen ursprünglich auf den Orient bezogen, obgleich sie für das ganze Reich bestimmt waren. Die Veranlassung der mit dem Gregorianus beginnenden Rechtscodification soll nämlich hauptsächlich in der Rechtsunsicherheit liegen, welche durch die Reichstheilung und Vierherrschaft unter Diocletian und die zweifelhafte Autorität der Rescripte hervorgerufen wurde. Vgl. Zeitschr. für R. G. VI (1867) S. 306. R.]

k) Justinian in den Einleitungsconstitutionen zu seinem Codex: Const. *haec quae necessario* pr. Const. *summa reipubl.* § 1.

ja auch die Zahl der einzelnen Constitutionen, von denen es sicher beglaubigt ist, daß sie in dem einen oder dem andern Werk standen, ist sehr gering, sie beläuft sich beim gregorianischen auf ohngefähr 70, bei dem hermogenianischen auf 38, während nach einer Notiz in der Collatio (VI 5) der einzige Titel de nuptiis im gregorianischen Codex wenigstens 32 Constitutionen enthielt, und der justinianische Codex über 1200 diocletianische hat, die, wenn nicht alle doch ganz sicher zum bei weitem größten Theil, aus jenen genommen sind. Die Grundlage dessen, was wir von den Codices als solchen besitzen, ist der unglaublich dürftige Auszug, den die westgothische Lex romana (das Breviarium) von beiden giebt: vom gregorianischen 13 Titel (zusammen 22 Constitutionen, in einigen Handschriften anhangsweise noch einige mehr), vom hermogenianischen 2 Titel (jeder mit einer Constitution); dazu kommen Citate aus beiden Codices in den vatikanischen Fragmenten, der Collatio, Consultatio, dem Papian und einige andere,[l]) bald mit bald ohne Angabe des Buchs und Titels, worin sie gestanden haben.

Die Herausgeber dieser Ueberbleibsel haben sich theils auf den Inhalt des Breviariums beschränkt,[m]) theils dazu noch die sonst aus den Codices citirten Constitutionen genommen.[n]) Mir scheint es, daß sie sich ihre Aufgabe gewöhnlich nicht bestimmt genug vor Augen gestellt haben. Entweder ist es bei einer solchen Ausgabe bloß um die einzelnen Constitutionen zu thun, dann wird man sich passend auf die beschränken, die in keinem andern Rechtsbuch vorkommen. Oder der Plan geht zugleich auf die Sammlungen selbst, also auf das, was ihnen als besonderen Werken eigenthümlich ist, wohin namentlich die Ordnung und das Fachwerk: Bücher, Titel, Rubriken, gehören. Zu einer auch nur einigermaßen befriedigenden Restitution dieser ursprünglichen Gestalt der Codices besitzen wir aber so wenige sichere Data, daß man sich begnügen sollte, diese Data selbst auf übersichtliche Weise zusammenzustellen, statt z. B. beim gregorianischen Codex mit 35 Titelrubriken und 70 Constitutionen die Restitution eines Werks zu versuchen, welches Hunderte von Titeln und Tausende von Constitutionen enthielt.

Durch eine neuere Entdeckung ist die Geschichte des Rechts in der vierten Periode um eine Thatsache vermehrt worden, die in die Reihe der bisher aufgeführten gehört. Dieß sind die Bruchstücke einer Sammlung von Excerpten aus juristischen Schriften und von Constitutionen, die man die vatikanischen Fragmente zu nennen pflegt.[o]) Die Sammlung war auf alle Arten der gebräuchlichen Rechtsquellen, bei den Constitutionen auf Rescripte und Edicta gerichtet. Excerpte und Constitutionen sind in Titel mit Rubriken vertheilt, von denen sieben, wenigstens theilweise, erhalten sind. Bei sechs von diesen Titeln läßt sich die Ordnung, in der sie unter einander in dem Werk standen, bestimmen, indem die Nummer des Quaternio (Lage von vier in der Mitte gebrochenen Blättern), auf dem sie in der Handschrift standen, bemerkt ist: 1) ex emto et vendito (dieser Titel stand auf dem 6 Quaternio der Handschrift, es ging also der Inhalt von fünf Quaternionen vorher); 2) de usufructu (15 Quat., also durch eine beträchtliche Anzahl von Titeln von dem vorigen

---

l) Vgl. Witte in Richter's Jahrbüchern 1837 S. 194.

m) So Sichard 1528, und das Ius civile anteiust. berol.

n) Am vollständigsten (ohne ungewisse aufzunehmen) hat dieß gethan der neueste Herausgeber Hänel im Corp. iur. anteiust. bonnens., nur daß er aus dem Cod. herm. die sieben Constitutionen der Consultatio (s. oben Note f) weggelassen hat.

o) Ueber die Entdeckung selbst und die Ausgaben s. oben § 104, 11.

getrennt); 3) de re uxoria et dotibus (15 Quat.); 4) de excusatione (27 Quat.); 5) quando donator intelligatur revocasse voluntatem; 6) de donationibus ad legem cinciam (die beiden letzten Titel auf dem 29 Quat., dem einzigen, der fast vollständig, während bei den übrigen nur ein Theil der Blätter erhalten ist). Dazu kommen noch zwei Blätter ohne Bezeichnung der Lage, also aus der Mitte eines Quaternio, welche Bruchstücke aus dem Titel de cognitoribus et procuratoribus enthalten. Diese Fragmente sind für uns durch ihren Inhalt unschätzbar, ganz anders gestaltet sich das Urtheil über sie, wenn wir die Sammlung als solche und nach der Bestimmung, die sich bei ihrer Abfassung haben konnte, betrachten. Sie war von bedeutendem Umfang, aber, wie es scheint, theils planlos, theils ohne hinlängliche Beherrschung des Materials zusammengestoppelt.*) Wir können dem Verfasser keine andere Absicht, als eine unmittelbar praktische, unterlegen,[p]) es läßt sich aber schwer absehen, wie von der Masse dieser durch einander geworfenen, sich zum Theil wiederholenden, zuweilen widersprechenden (z. B. § 168 und 194 der Fragm.), und auch wohl entschieden antiquirtes Recht enthaltenden Stellen ein ersprießlicher Gebrauch in den Gerichten hätte gemacht werden, wie sie einem Richter hätte ein anderes juristisches Werk ersetzen sollen. Man möchte glauben, es sei diese Sammlung nur der erste Wurf zu einem Werk gewesen, dessen Ausführung nachher unterblieben sei.[q])

Der Verfasser des Werks ist unbekannt. Man hat an Hermogenianus gedacht; da eine Stelle aus den libri epitomarum (L. 49 pr. D. de act. emti (19, 1) mit § 13 der vatik. Fragm. der Sache und größtentheils auch dem Ausdruck nach übereinstimmt, so haben manche eine Identität zwischen beiden Werken vermuthet. Aber gerade die Vergleichung dieser beiden Stellen, und ihre Verschiedenheit neben großer Uebereinstimmung, zeigt das Gegentheil. Die Verwandtschaft derselben ist nur die, daß die vatikanischen Fragmente eine Stelle geben, die auch Hermogenian benutzt und in seiner Weise bearbeitet hat. Ueberdieß erklärt dieser letztere selbst, daß sein Werk im Ganzen die Edictsordnung befolge,[r]) die Ordnung der vatikanischen Fragmente aber ist offenbar eine ganz andere. Die Abfassung des Werks fällt zwischen die Jahre 372 und 438; von jenem Jahr ist eine Constitution darin enthalten (§ 37 der Fragm.), in diesem ist der theodosische Codex publicirt worden, der nicht bloß nicht (wie doch die beiden früheren Codices) darin erwähnt wird, — dieß wäre bei der fragmentarischen Beschaffenheit der Ueberlieferung ein prekäres Argument —, sondern der deswegen jünger als jene Sammlung sein muß, weil sie sonst bei den Constitutionen, auf welche der Codex sich erstreckte, diesen (als die ausschließlich gültige Quelle derselben) hätte benutzen müssen, was nicht geschehen ist.[s])

*) [Vgl. Mommsen's größere Ausgabe S. 400 ff.]

p) Buchholtz (in seiner Ausgabe p. IX. X) glaubt, das Werk habe ein Lehrbuch sein sollen; dieß würde den Verstand des Verfassers in ein noch schlimmeres Licht stellen. Der Grund aber, der dafür angeführt wird, es enthalte so viel antiquirtes Recht, scheint doch zu gering, um die Annahme einer so enormen Verkehrtheit zu rechtfertigen.

q) Sie erinnert äußerlich an jenes theodosische Project (§ 134 a. E.), eine Ausführung desselben kann sie unter andern schon deswegen nicht sein, weil sie nicht nach dem theodosischen Codex abgefaßt ist. Eher wäre möglich, daß jenes Project durch sie veranlaßt wurde, und daß die Worte der L. 5 C. Th. de const. princ. (1, 1): erit alius, qui nullum errorem, nullas patietur ambages — nicht ohne Beziehung auf einen solchen (vielleicht im Occident) vorhergegangenen, ungerathenen Versuch sind.

r) L. 2 D. de statu hom. (1, 5).

s) So enthält sie z. B. § 249 dasselbe Gesetz Constantin's, welches L. 1 C. Th. de donat.

B. Leges.

CXXXVI. Wir hatten es bisher mit dem von der Vorzeit überlieferten Theil des geltenden Rechts, also mit dem zu thun, was man damals vorzugsweise das alte Recht nannte; es war dieß fast ausschließlich der Gegenstand der Sammlungen, deren vorhin gedacht worden ist. Diesem ruhenden, sich nicht mehr aus sich selbst heraus entwickelnden Element steht als das bewegliche, sich und das andere verändernde, die kaiserliche Gesetzgebung in der Form entgegen, die sie seit Constantin angenommen hatte.

Die Zahl dieser neuen Gesetze wuchs unter Constantin und seinen Nachfolgern so sehr, daß eine ordnende Zusammenstellung derselben zur Erleichterung ihres Gebrauchs ein dringendes Bedürfniß wurde. Daß nicht schon vor Theodosius II Sammler dieses ergiebigen Stoffs sich bemächtigten, so gut als es in Beziehung auf die Constitutionen alter Zeit und Form geschehen war, hängt ohne Zweifel damit zusammen, daß bei jenen Gesetzen eine bestimmte Art, wie die als gültig zu betrachtenden Exemplare (durch besondere Beamte, constitutionarii) ausgefertigt sein müßten, vorgeschrieben war; eine Privatarbeit über dieselben hätte ohne besondere Genehmigung nicht in Umlauf gesetzt werden dürfen.

Unter der Regierung Theodosius II und Valentinian III wurde eine Sammlung dieser Gesetze von Constantin an veranstaltet, sie wurde unter öffentlicher Autorität gemacht, ging vom oströmischen Reich aus, wurde aber sofort auch im occidentalischen Theil des Reichs recipirt. Dieß ist das Gesetzbuch, welches gleich damals den Namen: codex theodosianus erhielt. Seine Geschichte ist folgende.

Im Jahr 429 wurde von der oströmischen Regierung dem Senat der Beschluß verkündigt: nach dem Beispiel des gregorianischen und hermogenianischen Codex die Constitutionen von Constantin bis auf die Gegenwart herab zu sammeln, die entweder Edicte oder sonst mit allgemeiner Kraft versehen worden sind. Die Sammlung soll nach den Materien gemacht werden, so daß dieselbe Constitution, wenn sie verschiedene Gegenstände betrifft, getrennt und unter die verschiedenen Titel, auf die sie sich bezieht, vertheilt wird. Nur die Decisivworte (welche die rechtliche Vorschrift selbst enthalten) sind aufzunehmen, die sonstigen Aeußerungen des Gesetzgebers wegzulassen. Die durch spätere Gesetze abgeänderten sind nicht gerade zu übergehen, dagegen soll das Datum bei jedem sorgfältig bemerkt, und in den Titeln die Zeitfolge beobachtet werden, damit sich daraus ergebe, welches Gesetz im Collisionsfall vorzuziehen sei. Zur Abfassung werden acht Beamte (illustres und spectabiles) und ein Advocat gewählt.[a])

Bis 435 war die Sache liegen geblieben. In diesem Jahr wird eine neue Verordnung erlassen, die jene Vorschriften wiederholt,[b]) und den Beauf-

---

(8, 12) steht, aber während der Codex nur einen Auszug enthält, giebt sie das Original. [Mommsen in seiner Ausgabe S. 403 ff. schließt aus der Fassung der Kaiserbezeichnung in den Constitutionen, daß die Sammlung noch unter Constantin d. Gr. fertig geworden, die einzige spätere Constitution (§ 37) hingegen Nachtrag sei. Anders Huschke Iurisprudentia 1874 p. 672 sqq.]

a) Dieß ist enthalten in der neu entdeckten L. 5 C. Th. de const. pr. (1, 1), die auch in dem römischen Senatsprotokoll (§ 124) vorkommt, dieselbe, welche zugleich das oben erwähnte Project eines zweiten Codex enthält (§ 134 a. E.)

b) Der Gegenstand wird so bezeichnet: omnes edictales generalesque constitutiones, also alle, die unter den eigentlichen Begriff der „Leges" fallen, aber nicht bloß die für das ganze Reich gegebenen, sondern auch die einzelne Provinzen oder Orte betreffenden.

tragten überdieß die Befugniß zu Veränderungen an den einzelnen Gesetzen eingeräumt. Beauftragt werden mit der Abfassung sechzehn Beamte, theils illustres, theils spectabiles.[c])

Im Februar 438 wurde endlich der theodosische Codex promulgirt, mit der Bestimmung, daß er vom 1 Januar 439 an als die einzige Quelle des »ius principale« von Constantin bis auf diese Zeit gelten solle. Nur gewisse Administrativverfügungen sollte außer dem Gesetzbuch zu gebrauchen erlaubt sein.[d]) Die Gültigkeit des gregorianischen und hermogenianischen Codex, die sich auf eine andere Gattung von Quellen bezogen, wurde dadurch nicht angetastet. In demselben Jahr 438 wurde das Gesetzbuch auch dem Senat zu Rom publicirt.[e])

Es enthält eine erstaunenswerthe Masse von Constitutionen unter einer großen Zahl von Titeln mit Rubriken vertheilt, die hinwiederum in 16 Büchern enthalten sind; in jedem Titel sind die einzelnen Gesetze nach der Zeitfolge geordnet. Die Ordnung der ersten fünf Bücher ist den Edictscommentarien nachgebildet, sie umfassen den größten Theil der das Privatrecht betreffenden Constitutionen. Darauf folgt im sechsten bis achten Buch das Verfassungs- und Verwaltungsrecht, dem sich indessen wieder einige privatrechtliche Gegenstände anschließen, im neunten Buch das Criminalrecht, im zehnten und eilften das Finanzrecht, dem einige processualische Materien angefügt sind, im zwölften bis funfzehnten vornehmlich die Verfassung und Verwaltung der Städte und anderer Corporationen, im sechzehnten die Gesetze über kirchliche Gegenstände.

Ueberliefert ist uns der theodosische Codex theils in einem Auszug, der im Breviarium sich befindet, und in welchem nicht bloß sehr viele einzelne Constitutionen, sondern auch ganze Titel weggelassen sind (codex theod. epitomatus), theils aber auch in Handschriften des ächten und ursprünglichen Codex. Wären nun diese letzteren vollständig, so würde hier von dem theodosischen Codex des Breviariums gar nicht zu reden sein, dieß ist aber nicht der Fall; wir sind wegen eines beträchtlichen Theils des Gesetzbuchs noch immer auf jenen Auszug gewiesen. Dazu kommen noch einzelne Constitutionen, die aus dem Codex citirt werden, theils nur nach dem Breviarium, theils aber auch nach dem ursprünglichen Gesetzbuch.[f])

Schon im sechzehnten Jahrhundert hatte man unvollständige Handschriften des ursprünglichen Codex, aus denen der westgothische Auszug zu ergänzen und theilweise zu ersetzen war. Eine solche Handschrift benutzte Tilius für die 8 letzten Bücher in seiner Ausgabe (Paris 1550, 8)[g]), aus einer andern ver-

---

c) L. 6 C. Th. de const. princ. (neu entdeckt).

d) Const. de theodosiani codicis auctoritate.

e) [Die Originalexemplare (subscripti libri) wurden jedem Präfectus Prätorio mit dem an ihn gerichteten Promulgationspatent (C. Th. p. 90 H) eingehändigt, ihre weitere Versendung (directio) war Sache der Präfecten, der italische verfügte mit Zuziehung des römischen Senats die Anfertigung dreier weiterer Exemplare durch die Gesetzabschreiber (constitutionarii, zwei Exceptoren der Präfectur von Italien, unter Aufsicht des vir spectabilis, d. h. des primicerius notariorum oder magister scriniorum Veronicianus), welche der Senatssitzung in besonderem Auftrage (ex praecepto) beiwohnten. Von den drei durch Veronicianus veranstalteten Abschriften war die eine nach Africa, die andere für den Präfectus Urbi bestimmt, die dritte blieb den Constitutionarien, welche für Abschriften zu öffentlichem Gebrauch (ad exemplaria edenda) besonders privilegirt wurden. Note k. R.]

f) Die Leges des justinianischen Codex aus der Zeit, auf welche der theodosische Codex sich erstreckt, sind wohl alle aus diesem genommen, freilich nicht ohne vielfache Abänderungen.

g) Die Handschrift des Tilius ist von Niebuhr in der vatikanischen Bibliothek wieder entdeckt worden. Zeitschrift für gesch. Rechtswiss. III S. 409.

vollständigte Cujacius das 6 bis 8 Buch in seiner Ausgabe (Lugd. 1566 fol. und mit weitern einzelnen Ergänzungen Paris 1586 fol.). Seit dieser Zeit liegen den Ausgaben in den 11 letzten Büchern Handschriften des ursprünglichen Codex, in den fünf ersten Büchern dagegen, und dem Anfang des sechsten (Tit. 1 und Anfang des Tit. 2) die des Breviariums zu Grunde.[h]) So hatte man bis auf die neuere Zeit gerade den für uns wichtigsten Theil des Codex nur in dem westgothischen Auszug.

Neuere Entdeckungen haben nun theils noch Ergänzungen für die eilf letzten Bücher geliefert, theils zu den fünf ersten vieles, was den Ausgaben bis dahin fehlte, hinzugefügt. Diese letzteren Ergänzungen sind bei weitem die wichtigsten. Die erste der darauf sich beziehenden Entdeckungen ist die von Peyron in Turin, der in einer Handschrift 44 rescribirte Blätter fand, deren ursprünglicher Text dem ächten cod. theod. angehört, und aus denen namentlich die ersten fünf Bücher erhebliche Zusätze erhalten. Peyron hat diese Ueberbleibsel 1820 restituirt, und 1823 herausgegeben.[i]) Sodann hat Clossius in der ambrosianischen Bibliothek zu Mailand 1820 eine Handschrift des Breviariums gefunden, in die der Abschreiber viele Stücke aus dem ursprünglichen Codex, den er in einer Handschrift zugleich vor sich hatte, eingetragen hat. Sie enthält 1) das Protokoll der römischen Senatssitzung, worin der theodosische Codex publicirt ward;[k]) 2) ein Verzeichniß der Rubriken des C. Th. im Bre-

---

h) Die wichtigste dieser Ausgaben, und die durch ihren bewunderungswürdigen Commentar stets unentbehrlich bleiben wird, ist die von Jacobus Gothofredus, zuerst nach dessen Tod edirt von A. Maville (de Vignemonté) Lugd. 1665 fol. (VI tomi); dann von Ritter Lips. 1736—45 fol. (Ein Nachdruck derselben Mantuae 1740—59.)

i) Mit Ausnahme von 14 Blättern, die er bei der Herausgabe übersehen, und die Besme nachträglich wieder aufgefunden hat Haenel cod. theod. p. VI. [Die Turiner Blätter sind neu verglichen und herausgegeben von Krüger Codicis Theodosiani Fragmenta Taurinensia 1879 (Abhandlungen der Berliner Akademie).]

k) S. oben § 124. Dieser Abschrift liegt ein Exemplar zu Grunde, welches der Exceptor des Senats 458 den damaligen Constitutionarien ausfertigte, um sie in den Stand zu setzen, das Protokoll den von ihnen besorgten Exemplaren des theodos. Codex beizugeben, was sie denn auch, unter Beifügung ihrer Bestallung von 443 gethan haben. S. über diesen Zusammenhang der Sache Savigny über die gesta senatus v. Jahre 438, Zeitschrift für gesch. Rechtswiss. IX 8, vgl. Hänel kritische Jahrbücher 1840 S. 216 ff. [In einem Nachtrag (1849) in den Vermischten Schriften 1850 III Num. 33. S. 270—278, ist Savigny jedoch, gleich Hänel, der Erklärung von Besme: in difficiliora duo loca e fragmentis codicis Theodosiani a Clossio repertis conjecturae (Memorie della reale accademia di Torino 1840. Serie II tom. 2 p. 61—82) beigetreten, nach welcher das auf das Senatsprotokoll vom Jahr 438 mit angehängtem Editionsvermerk folgende Rescript v. J. 443 keine Bestallung für die Constitutionarien, sondern die Entscheidung eines zwischen ihnen und dem Stadtpräfecten oder dessen Officium über das Recht der Ausfertigung und Mittheilung von Abschriften des theod. Codex entstandenen Competenzconflicts, und zwar zu ihren Gunsten und unter Androhung einer Geldstrafe gegen die Verletzer ihres Privilegiums enthält. — Die Constitutionarien hatten nämlich das Protokoll der unter Faustus 438 abgehaltenen Sitzung den Kaisern mit der Bitte eingereicht, das damals zugestandene Privileg (Note e a. E.) zu bestätigen und den Contravenienten eine Strafe aufzulegen, worauf diese im J. 443 mit folgenden Worten (p. 88. 89 H) eingehen: Quantum consulente viro illustri Fausto praefecto praetorio *numinibus* nostris subdita (die allerhöchst uns 438 vorgelegten) senatus amplissimi gesta testantur, vidimus id, quod — pater — in custodiendi Theodosiani codicis observatione praecepit (p. 90—94 H) a senatu diligentia maiore munitum etc. — Et ideo vir illuster, praefectus urbis — sciet, vobis licentia in edendis exemplaribus contributa, confectionem vestro tantum periculo procurandam, nec habe*ndum* vel de editione vel de conscriptione commercium — et sacrilegii poena constringi tam cognitionale officium, quam omnes qui nostris minime paruerunt constitutis *rel.* Die Eingabe der Constitutionarien scheint in der Lücke zwischen der Beglaubigung der Exemplare und dem Rescript von 443 durch Schuld späterer Abschreiber ausgefallen. Die beiden Urkunden von

viarium, mit eingerückten Zusätzen vieler neuer aus dem ächten Codex; 3) den Codex des Breviariums bis zum vierten Titel des zweiten Buchs, darin aber 78 neue Constitutionen, die dem Breviarium nicht angehören. Clossius hat alles dieß 1824 edirt. — Beide Entdeckungen hat auf eine sehr zweckmäßige Weise zusammengestellt Wenck, indem er eine Ausgabe der fünf ersten Bücher, wie sie sich nach diesen Entdeckungen darstellen, besorgte.[l])

Den Text des theodosischen Codex anlangend, werden alle bisherigen Ausgaben durch die sorgfältigste Benutzung des vollständigsten Apparats, den die erwähnten Entdeckungen und die Vergleichung einer unendlichen Zahl von Handschriften für alle sechzehn Bücher gewähren, übertroffen von der, welche Hänel für das corpus iuris anteiust. bonnens. besorgt hat. Sie nimmt eine der ersten Stellen in diesem Zweige unserer Literatur ein.[m])

Durch den theodosischen Codex war die Einheit des Rechtszustandes in den beiden Theilen des Reichs von neuem befestigt. Nun ist es eine allgemeine Erfahrung, daß eine solche umfassende Gesetzgebung weit entfernt, einen Stillstand in der legislatorischen Thätigkeit zu bewirken, sie vielmehr weckt und anreizt. Man sah am oströmischen Hof eine Menge einzelner Gesetze voraus, die man als Nachträge zu dem Gesetzbuch würde zu machen haben; ein Gleiches ließ sich von der andern Regierung erwarten. Um nun auf der einen Seite die Einheit der Gesetzgebung zu wahren, auf der andern die allzugroße Fruchtbarkeit derselben, wodurch die Wohlthat der Sammlung leicht wieder verringert werden konnte, zu beschränken, vereinigten sich beide Regierungen dahin, daß die Constitutionen, die künftig eine oder die andere erlassen möchte, der andern mitgetheilt, von dieser ebenfalls publicirt werden (mit Vorbehalt etwaniger Gegenerinnerungen und Abänderungen), und daß sie außerdem keine allgemeine Gültigkeit haben sollten.[n]) Solche einzelne Gesetze heißen gegenüber dem Codex novellae leges. Der Name bezeichnet an sich alle nicht im Codex enthaltenen Gesetze,[o]) vorzugsweise aber die späteren, so lang man sie noch im Verhältniß zu dem Codex betrachtete, weil nur diese gültig, die älteren durch den Codex aufgehoben waren.

Jener Uebereinkunft zu Folge mit Berufung darauf übersandte Theodosius 447 (also wenige Jahre vor seinem Tod) eine ganze Reihe von Gesetzen, die er seit Abfassung des Codex erlassen, an Valentinian, indem er sich ent-

---

438 und 443, kraft deren den Constitutionarien das einträgliche Privilegium der Edition zustand, wurden jedem Exemplar an erster Stelle noch vor dem Promulgationspatent (p. 90 H) gleichsam als ein Nachdrucksprivilegium vorgeheftet. So hat jetzt Mommsen Verhandl. der sächs. Ges. 1851 S. 378 die Sache vollständig erledigt. R.]

l) Cod. Theod. libri V priores etc. Lips. 1825. 8, mit kritischen und exegetischen Noten.

m) Codex theodosianus. Ad LIV libr. manu scriptorum et prior. edition. fidem recognov. etc. Gust. Haenel 1842. 4. Seit dieser Zeit hat Carl Baudi von Vesme zu Turin eine Ausgabe des theodosischen Codex zu publiciren angefangen (s. krit. Jahrbücher 1844 S. 785 ff.), in welche er die von ihm dem deutschen Herausgeber vorenthaltenen, durch den Note i erwähnten Zufall bisher ungedruckten 23 Constitutionen aus den drei ersten Büchern aufgenommen, daneben aber mit großer Unbefangenheit der ganzen kritischen und historischen Arbeit Hänel's sich bemächtigt hat. Diese Behandlung hat der deutsche Herausgeber durch die maßlose Bescheidenheit, Selbstverleugnung und freundliche Nachsicht, die er gegen den Italiener geübt, ohne Zweifel vollkommen verdient.

n) So schon in dem Gesetz von 429 L. 5 C. Th. de const. princ. (1, 1) wiederholt in dem Promulgationspatent von C. Th. (Note d).

o) L. 6 in f. C. Th. de const. princ.: — nullum extra se novellae constitutionis locum relicturi, nisi quae post editionem huius fuerit promulgata —.

schuldigt, daß er es damit bis jetzt habe anstehen lassen.[p]) Wir besitzen auch das Gesetz Valentinian's, wodurch er 448 jene Novellen bestätigt und publicirt.[q]) Diese Novellen des Theodosius bilden die ersten der Novellensammlungen, die auf den theodosischen Codex folgen, zunächst war sie freilich eine ganz natürliche, nur durch die gleichzeitige Uebersendung entstandene, ohne Zweifel einfach chronologische. Auch der Nachfolger des Theodosius, Marcian, schickte eine (geringere) Anzahl von Novellen aus den Jahren 450 bis 455 an den occidentalischen Hof.

Ob die occidentalischen Kaiser ein Gleiches mit ihren Constitutionen thaten, davon haben wir keine sichere Spur. Doch ist anzunehmen, daß die Regierung Valentinian's nicht zurückgeblieben, ja vielleicht jedes Gesetz gleich bei seiner Entlassung der orientalischen mitgetheilt haben wird. Darauf wird sich die Entschuldigung des Theodosius beziehen, daß er die seinigen so lange zurückgehalten habe. Dieß mag bis zum Tod Valentinian's (455) geschehen sein; auch die Novellen Marcian's reichen nur so weit. Von hier an wurde die Verbindung zwischen beiden Reichen sehr lax, Majorianus, Severus, Anthemius übersendeten ihre Verordnungen schwerlich mehr. Auch Leo I, der zu ihrer Zeit im Orient als Nachfolger Marcian's regierte, schickte keine Gesetze in das Abendland, ausgenommen zu den Zeiten des Anthemius, dem er zum Thron verholfen hatte; Anthemius publicirt ein Gesetz des Leo, das durch eine Anfrage von seiner Seite veranlaßt, also nicht in Folge der früheren Uebereinkunft zwischen beiden Regierungen übersendet worden war.[r]) Auch dieses Factum also beweist, daß die Uebersendung regelmäßig nicht mehr stattfand. Doch hielt man noch immer formell an der Verbindung beider Reiche in so fern fest, als die Edicte nach wie vor nicht bloß den Namen des sie erlassenden Kaisers, sondern auch den seines Mitkaisers in dem andern Reiche an der Spitze trugen, wobei dann der Ort des Datums oder auch wohl der Beamte, an den das Gesetz gerichtet ist, das äußere Kennzeichen seines Ursprungs bildet.

Wenn nun aber auch die Novellen Valentinian's an den oströmischen Hof geschickt worden sind, so ist damit noch gar nicht entschieden, ob sie dort wirklich geltend wurden. Die Novellen des Theodosius und Marcian's wurden im Occident wirklich recipirt: für jene ist es durch das angeführte Gesetz Valentinian's, für beide durch die Aufnahme in die Sammlung, wovon nachher die Rede sein wird, erwiesen. Dasselbe gilt von dem Gesetz Leo's (Note r). Dagegen ist zu behaupten, daß die Novellen der occidentalischen Kaiser, mögen sie übersendet worden sein oder nicht, im Orient nicht recipirt worden sind, dieß ergiebt sich aus dem merkwürdigen Umstand, daß keine dieser Novellen im justinianischen Codex vorkommt.[s])

Im Occident sind alle diese Novellen von Theodosius, Valentinian, Marcian, Majorian, Severus, Anthemius in eine oder mehrere Sammlungen

---

p) Novell. Theod. Tit. 1.

q) Novell. Valent. Tit. 26.

r) Nov. Anthem. Tit. 2 (468). Das übersendete Gesetz steht tit. 3 pr. § 1. S. Hänel in seiner Ausgabe p. XXVIII sq.

s) Die Kenntniß dieses Umstands verdanke ich der Bemerkung Hänel's de constitution. sirmond. (1840). p. 19 not. un.; »Usi sunt iustinianei codicis compositores orientis imperatorum novellis, neque vero novellis eorum, qui in occidente fuerant, Valentiniani, Maioriani, Severi et Anthemii.« Vgl. jetzt auch seine Ausgabe der Novellen p. XXIX not. 246.

gebracht worden, von wem und zu welcher Zeit, ist ungewiß.[t]) Die vollständigste dieser Sammlungen besteht aus sechs Abtheilungen ungleicher Größe, deren jede die Novellen eines jeden Kaisers enthält. Die Novellen sind unter Titel mit Inhaltsrubriken vertheilt, von denen selten einer mehr als eine Novelle umfaßt. Eine solche Sammlung ist im Auszug in das Breviarium aufgenommen, ohne die Novellen des Anthemius. Es finden sich aber Handschriften, die vollständiger sind, als die gewöhnlichen des Breviariums;[u]) diese Vermehrungen haben auf die Ordnung der Titel und Novellen Einfluß gehabt, worin Handschriften und Ausgaben von einander abweichen. Eine möglichst sichere Ordnung hat zuerst der neueste Herausgeber der Novellensammlungen festgestellt.[v])

Das römische Recht unter den Germanen.

CXXXVII. Dadurch daß die westliche Hälfte des römischen Reichs unter germanische Herrschaft kam, veränderte sich zunächst nichts in dem Rechtszustand, wie er bisher beschrieben worden ist. Es galten nach wie vor die juristischen Schriften und die bis dahin entstandenen Sammlungen der Constitutionen. Nur war durch die Einwanderer ein neues Recht ins Land gekommen, nach welchem sie lebten, und von dem das bisherige durch den Namen römisches Recht, lex romana in der Sprache jener Zeit, unterschieden ward. Beide Rechte blieben getrennt, da jedes einen besonderen Bereich der Anwendung hatte, das eine für die Germanen, das andere für die Römer galt, wenn es auch an Einwirkungen des einen auf das andere in einzelnen Punkten nicht fehlte.

Von den Schicksalen des römischen Rechts in den germanischen Reichen besitzen wir eine vollendete Darstellung in Savigny's Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter.[a]) Sie liegen außerhalb der Grenzen unserer Aufgabe. Dieß gilt auch von den römischen Gesetzbüchern, die daselbst gemacht worden sind. Als Mittel der Ueberlieferung römischer Rechtsquellen auf uns sind die der Westgothen und Burgunder bisher schon oftmals angeführt worden; dieser literarische Gesichtspunkt ist es, aus dem sie hier noch genauer beschrieben werden sollen.[b])

---

t) Vgl. Hänel in seiner Ausgabe p. XXIX sqq.

u) So die ottobonische, nachher vatikanische, aus welcher Ergänzungen herausgegeben haben Zirardinus Faventiae 1766. 8. und Amadutius Rom. 1767 fol.

v) Diese neueste Ausgabe ist von Hänel für das bonner Corpus Juris bearbeitet und auch besonders publicirt: Novellae const. imp. Theodosii etc. ad XLII libr. manu scriptorum et prior. edit. fidem recogn. etc. 1844. 4. Sie besitzt alle die Vorzüge, die sich von der unermüdlichsten Thätigkeit dieses ausgezeichneten Gelehrten erwarten ließen. Von den früheren Ausgaben behält nur noch die des Gothofredus (sie ist mit der des theod. Codex verbunden, Note h) durch den hinzugefügten Commentar einen selbständigen Werth. — Hänel hat in einigen Handschriften eine Erwähnung von Novellen des Maximus, und in einer ein abgerissenes Stück angeblich einer solchen Novelle gefunden. Er hat dieses Fragment von wenigen Zeilen unter der Ueberschrift: legum novell. D. Maximi fragmentum de summa siliquatici zwischen den Novellen Valentinian's und Marcian's gesetzt. [Den Titel de postulando (p. 131. 135 H) und de reliquarum exactionibus (p. 118 H) nach einer Pariser Hdschr. (No. 702 fol. 108), sowie den Titel de corporatis (p. 338 H) aus einer Vaticanischen (No. 1050) enthält folgende Gelegenheitsschrift Hänel's: F. C. de Savigny I. C. faustum diem prid. Kal. Nov. — gratulatur Gustav Haenel. 1850 p. 1—4. R.]

a) [Vgl. Bethmann-Hollweg Handbuch des Civilprocesses Band IV (1868) § 38, 47, 54, 60, 67.]

b) Vgl. zu dem Folgenden Savigny Gesch. des R. R. im M. A. II Kap. 7 u. 8.

Im westgothischen Reich, das in einem Theil Galliens und in Spanien errichtet worden war, fand man es unter der Regierung Alarich's II (484—507) nothwendig, eine Reform mit den römischen Rechtsquellen, wie sie für die römischen Unterthanen fortgegolten hatten, vorzunehmen. Der König ließ die »lex romana« in ein Gesetzbuch zusammentragen, welches eine Compilation aus den bisher üblichen Quellen enthalten, und künftig statt dieser gelten sollte, deren gerichtlicher Verbrauch verboten wurde. Es wurde 506 im 22 Regierungsjahr Alarich's promulgirt. Dieß geschah dadurch, daß es in authentisch ausgefertigten Exemplarien den obersten Beamten durch ein „Commonitorium" übermacht wurde, in welchem erwähnt ist, daß dieses Geschäft der Publication dem Comes Palatii Gojarich übertragen worden sei, und Anianus die Exemplarien durch seine Unterschrift zu beglaubigen habe.[c]) Einen besonderen Namen hat das Gesetzbuch bei seiner Abfassung nicht erhalten, Anianus bezeichnet es bei seiner Unterschrift als codex de theodosiani legibus atque sententiis iuris vel diversis libris electus; hiernach könnte es passend codex alaricianus genannt werden. Statt dessen ist seit dem 16 Jahrhundert der Ausdruck breviarium alaricianum, oder breviarium schlechtweg üblich geworden. In den Handschriften wird es theils von seinem ersten Bestandtheile lex Theodosii, theils mit dem allgemeinen Namen lex romana genannt.

Es enthält vor allem einen Auszug aus dem theodosischen Codex in 16 Büchern, dann eine Anzahl von Novellen des Theodosius, Valentinianus, Marcianus, Majorianus, Severus. Nach diesen beiden Bestandtheilen, welche die Leges repräsentiren, kommt das Ius in folgenden Stücken: Bearbeitung von Gaius Institutionen (§ 104, 16), Auszug aus Paulus sententiae (§ 104, 14), Auszug aus dem gregorianischen und aus dem hermogenianischen Codex (§ 135), eine Stelle aus Papinian's lib. I responsorum.[d])

Neben allen diesen Stücken, mit Ausnahme der Institutionenbearbeitung, läuft eine interpretatio her. Sie ist von den Verfassern des Gesetzbuchs gemacht, den einzelnen Stellen, die eine Veranlassung dazu darboten, angereiht,

---

c) Wenn manche frühere Juristen von Anian als dem Verfasser sprechen, so beruht dieß lediglich auf einem Mißverständniß seiner Erwähnung im Commonitorium. [Das Verfahren bei der Publication war dem theodosischen § 136 e analog. Abschriften des vom König selbst gezeichneten Originalexemplars, welches im Schatz aufbewahrt wurde, hatte nach Anweisung des Comes Palatii Gojarich (welcher dem Präfectus Prätorio zu vergleichen ist) der vir spectabilis Anianus jedem königlichen Gerichtshof mit Beifügung eigenhändiger Unterschrift und Adresse am Schluß und etwa mit den Worten: Anianus v. sp. ex praeceptione D. N. gloriosissimi regis Alarici hunc codicem Aduris subscripsi et edidi sowie des Promulgationspatents zuzufertigen Auf diese in den Gerichtsarchiven befindlichen Exemplare soll im Zweifel zurückgegangen werden. Wegen Anfertigung von Privathandschriften ist nichts Besonderes vorgeschrieben. Mommsen Verhandl. der sächs. Ges. 1851 S. 381—383. R.]

d) In der Interpretatio zu L. 2 C. Th. de dotib. (3, 13) heißt es: De retentionibus vero, quia hoc lex ista non evidenter ostendit, in iure, hoc est in Pauli sententiis sub titulo de dotibus requirendum, aut certe in Pauli responsis sub titulo de re uxoria. Daraus ergiebt sich nicht etwa, daß der Codex Alaricianus auch noch die Responsa des Paulus enthalten habe, sondern nur, daß die Sammlung ohne Umsicht und genauen Plan gemacht ist, und daß jeder Arbeiter seinen Part unabhängig von den andern verfertigte, denn auch die citirte Stelle aus den Sententien findet sich nicht vor. Wie die Sache angelegt war, hätte man beliebig ins Unendliche fortfahren können, man hörte eben so willkürlich auf, da man der Arbeit satt war. [Dernburg Institutionen des Gajus 1869 S. 120 vermuthet richtiger, daß diese und wohl die meisten interpretationes nicht von den Kompilatoren der lex Romana verfaßt, sondern aus älteren Kommentaren des Theodosianus entlehnt sind; vgl. Note g und Fitting in der Zeitschr. f. R. G. XI S. 228 f.]

und enthält theils die Angabe eines neueren Rechts, wodurch die aufgenommene Stelle modificirt iſt, theils Verweiſung auf andere Stellen des Rechtsbuchs, theils endlich eine bloße paraphraſirende Erläuterung.

Das Breviarium iſt uns in ſehr vielen, mehr oder weniger vollſtändigen Handſchriften überliefert. In manche derſelben haben ſich Zuſätze verirrt, die dem Geſetzbuch ſelbſt fremd ſind. Dahin gehört unter andern ein Complex von Stellen aus dem gregorianiſchen, hermogenianiſchen, und theodoſiſchen Codex und aus Paulus, worin die (ſich dort nur auf den codex gregorianus beziehenden) Worte institutio Gregoriani Klenze zu dem Irrthum verleitet haben, ein beſonderes Rechtsbuch unter dieſem Titel anzunehmen und reſtituiren zu wollen.[e]) Auf der andern Seite ſind viele Handſchriften theils zufällig, theils abſichtlich unvollſtändig, manche enthalten auch planmäßige Umarbeitungen, z. B. für die Lombardey der ſ. g. codex utinensis, für das fränkiſche Reich die summae legum u. a.[f])

Auch bei den Burgundern wurde aus den römiſchen Rechtsquellen ein Geſetzbuch für die burgundiſchen Römer verfertigt. In dem Prologus zu der Lex Burgundionum (Gundobada) vom Jahre 517 weiſt der König Sigismund die Behörden an, den Römern nach den leges romanae Recht zu ſprechen; damit ſich niemand durch Unkenntniß entſchuldigen könne, ſollten ſie eine geſchriebene forma und expositio derſelben erhalten. Nach dieſen Worten war wenigſtens der Anfang mit der Abfaſſung wahrſcheinlich damals ſchon gemacht. Das Geſetzbuch enthält in 47 Titeln eine Bearbeitung von Stellen der römiſchen Rechtsquellen, theils aus dem Breviarium, theils aus unmittelbar benutzten, wozu auch einige Geſetze einheimiſcher Könige kommen. Es folgt der Ordnung der Gundobada.[g]) Man pflegt daſſelbe den Papian zu nennen,

---

e) Klenze Institutio Gregoriani aus der Pithou'ſchen, jetzt berliner Handſchrift zum erſtenmal herausgegeben Zeitſchr. für geſch. Rechtsw. IX 10. S. dagegen Hänel in Richter's Jahrbüchern 1838 S. 587 ff. [und Lex Romana Visigothorum p. XXI.]

f) Von dem Breviarium als ſolchem (abgeſehen von den einzelnen Stücken deſſelben) giebt es nur eine Ausgabe, von Sichard: Cod. Theod. libri XVI etc. Brasil. 1528 fol. Eine neue Ausgabe iſt von Hänel zu erwarten. [Dieſe iſt erſchienen unter dem Titel: Lex Romana Visigothorum. Ad LXXVI librorum manu scriptorum fidem recognovit, septem eius antiquis epitomis, quae praeter duas adhuc ineditae sunt, titulorum explanatione auxit, annotatione, appendicibus, prolegomenis instruxit Gustavus Haenel Lipsiensis. Editio post Sichardum prima. 1849. Einzelne Stellen des Breviarium ſind in nicht geringer Anzahl in die Formelnſammlungen übergegangen, die ſeit dem fünften Jahrhundert theils aus wirklichen Urkunden, theils aus Formularen zuſammengeſetzt und für die innere Geſchichte der Rechtsgeſchäfte noch lange nicht genug benutzt ſind. Die bis jetzt edirten gehören dem fränkiſchen Reich an. (Savigny Geſch. des röm. Rechts im Mittelalt. II S. 125; die benutzten Stellen des Breviarium finden ſich verzeichnet bei Haenel lex Visig. p. 465.) Eine noch merkwürdigere im weſtgothiſchen Reich nämlich in Cordova zwiſchen 612 und 620 entſtandene Sammlung iſt erſt jetzt veröffentlicht in den Formules Wisigothiques inédites publiées d'après un manuscrit de la bibliothèque de Madrid par M. Eugène de Rozière. Paris 1854. Sie enthält 46 Rubriken. Zeit und Ort ergeben c. 9. 20. 25. Daß außer dem Breviarium noch ältere Quellen benutzt ſind, beweiſt die Erwähnung der lex Papia Poppaea und des ius praetorium et urbanum c. 21. Die Formeln aus der fränkiſchen Periode, 897 an der Zahl, darunter auch die von Merkel in der Zeitſchrift für Rechtsgeſchichte III (1861) S. 194—233 gleichzeitig edirten weſtfränkiſchen, und 57 ganz neue ſind ſachlich geordnet in dem Recueil général des Formules usitées dans l'empire des Francs du V au X siècle par Eugène de Rozière III vol. Paris 1859—1871 erſchienen. Vgl. die Anzeige von Dümmler in der Zeitſchr. für Rechtsgeſchichte III (1863) S. 189—192. R.]

g) [Nach Gaupp (das alte Geſetz der Thüringer 1834 § 2 S. 14. comm. de occupatione et divisione provinciarum agrorumque romanorum 1841 p. 19, die germaniſchen Anſiedelungen und Landestheilungen 1844 S. 295) und Warnkönig (franz. Staats- und Rechtsgeſch. 1848 II S. 10) fällt die Abfaſſung der Gundobada ſchon ins Jahr 472 und die Lex Romana war, wie die Titelfolge und die Worte formam et expositionem legum *conscriptam* qualiter iudicent, se

und in der That hat es schon in einer sehr alten Handschrift den Titel Papianus lib. I responsorum.[h]) Dieß veranlaßte Cujacius, die Schlußstelle des Breviariums, die diese Ueberschrift wirklich hat (§ 104 Note yy),[i]) in dieses Gesetzbuch mit herüberzunehmen. Wäre sie wirklich die Anfangsstelle der burgundischen Lex Romana, so würde sich daraus der Name erklären, der eben durch den Anfang des Werks veranlaßt sein würde (wie der Name lex Theodosii für den Codex Alaricianus). Aber jene Stelle Papinian's gehört nicht zu dem burgundischen Rechtsbuch. Mir scheint es nicht undenkbar, daß man bei den Burgundern der neuen Lex Romana den Namen des vornehmsten römischen Juristen gab, so daß dann nur der Zusatz lib. I responsorum eine aus dem Breviarium stammende Verschönerung der Abschreiber wäre.[k])

Ganz verschieden von dem Rechtszustand im westgothischen und burgundischen Reich war der bei den Ostgothen, deren König Theoderich (475—526) unter Genehmigung des Kaisers Zeno Italien eroberte, und in der Beherrschung des Landes, nachdem die Eroberung 493 vollendet war, von Anastasius anerkannt ward. Wie vollkommen auch die factische Selbständigkeit der ostgothischen Regierung gegenüber der oströmischen war, rechtlich wurde das Reich dennoch als Theil des römischen, der König als Repräsentant des Kaisers, sein Heer als im Dienst des Staats stehend betrachtet.[l]) So geschah es, daß hier die Scheidung des germanischen und römischen Rechts wegfiel, und mit einigen wenigen Ausnahmen vielleicht für gewisse Rechtsverhältnisse, wo ostgothische Rechtsanschauungen einen Einfluß auszuüben fortfuhren, das römische Recht das ausschließlich geltende blieb, nicht bloß für die alten Einwohner des Landes, sondern auch für die gothischen Einwanderer. Selbst in der Benennung wurden Gothen oder Barbari und Römer nicht als Nationalitäten, sondern als Berufsweisen unterschieden, Gothen heißen die Soldaten, Römer die Nichtsoldaten.

---

noverint accepturos im Prolog der Gundobada ergeben, sogar noch früher entworfen. Daraus folgt, daß an eine Benutzung des Breviarium nicht zu denken ist. Die meisten Stellen, welche man für eine solche angeführt hat, lassen sich auf ächte Quellen zurückführen, die Uebereinstimmung der wenigen übrigen muß jetzt umgekehrt aus der Benutzung des Papian bei den Westgothen erklärt werden. Vgl. Haenel lex Rom. Visig. p. XCIII. R.]

h) Zeitschr. für gesch. Rechtswiss. IX S. 237 ff.

i) Der Name Papinian's wird in den Handschriften gewöhnlich auf jene Weise verstümmelt. [Der Cujacischen nahe verwandt ist eine Vaticanische Handschrift des Breviars und Papian aus dem zehnten Jahrhundert: Cod. Vat. Christinae 1050. Sie enthält nach jener Schlußstelle des Breviarium nebst Anhängen fol. 118 ein Titelverzeichniß und den Text der Lex Romana Burgundionum. In jenem wird die Lex capitula Papiani libri responsorum (am Ende capitula liber Papiani), in diesem Papianus liber primus responsorum genannt, worauf in beiden jene Schlußstelle aus Titel I folgt. Daraus wird klar, daß der ganze Name durch den Irrthum eines alten Abschreibers entstanden ist, der jene Rubrik der Schlußstelle für die Ueberschrift der titellosen Lex Romana Burgundionum genommen hat. Haenel lex Rom. Visig. p. LXXXVIII n. 76 und in der § 136 v. a. E. citirten Schrift p. 5, woselbst die Lesarten des Cod. Vat. mitgetheilt sind, Savigny Gesch. des röm. Rechts im M. A. VII (1851) S. 30—40. R.]

k) Das Gesetzbuch ist oft edirt worden, am besten von Barkow: Lex Romana Burgundionum Gryphisw. 1826. 8, der auch die Ausgabe für das Corpus iur. anteiust. bonnens. besorgen wird. [Die neueste Ausgabe ist von Bluhme in Pertz monumenta Legum Tom. III (1863) p. 505—624 besorgt. Er setzt das Werk zwischen das Jahr 502, in welches die zweite Vorrede zur Gundobada fällt, und 516, das Todesjahr Gundobald's, der im Titel II noch als lebender König citirt wird. Die Benutzung der Interpretatio des Breviarium weist nicht sicher auf die Zeit nach 506 hin, denn sie kommt auch sonst schon vor diesem Jahr vor. R.]

l) Dieß geht unter andern auch daraus hervor, daß die von den ostgothischen Königen geprägten Münzen auf der Vorderseite das Bild des Kaisers, und nur auf der Kehrseite den Namen des Königs zu tragen pflegen, Pinder und Friedländer die Münzen Justinian's Zeitschr. für gesch. Rechtsw. XII 1 (1844) S. 58 ff.

Durch diesen Stand der Sache fanden sich mehrere ostgothische Könige, so namentlich gleich der erste, Theoderich, veranlaßt, die sich für das gewöhnliche Leben als besonders wichtig darstellenden Grundsätze des römischen Rechts zur Belehrung vornehmlich wohl der Gothen, in Gesetzen zusammenzustellen und zu publiciren. Dieß ist der Inhalt des edictum Theoderici, welches nicht, wie gewöhnlich geschieht, in das Jahr 500, sondern nach 506 zu setzen ist.[m]) Sein Inhalt ist aus kaiserlichen Gesetzen und Schriften des Paulus, den sententiae und responsa, genommen, deren ursprüngliche Form aber einer völlig neuen Bearbeitung Platz gemacht hat.[n])

Die Gesetzgebung Justinian's.

CXXXVIII. Wenn wir zum Beschluß die Thätigkeit einer einzelnen Regierung in besondere und genaue Betrachtung nehmen, so geschieht es wegen des Einflusses, den sie auf das römische Recht als ein für andere Völker bestimmtes gehabt hat. Dieser Einfluß ist theils ein materieller, indem unter Justinian noch viele und bedeutende Aenderungen in dem Recht gemacht wurden, theils betrifft er die Form, welche den Rechtsquellen gegeben worden ist. In beiderlei Hinsicht hat keine vorhergehende Regierung für sich die Wichtigkeit, welche der justinianischen zukommt. Sie ist die Pforte, durch welche das römische Recht in alle Welt entlassen wurde, nachdem es das Gewand erhalten hatte, das es auf dieser Wanderung tragen sollte.

An Justinian knüpfen sich so bedeutende rechtsgeschichtliche Thatsachen, daß auch über seine Persönlichkeit einige Nachricht zu geben nicht umgangen werden kann. Er war slavischer Abkunft, in Illyrien zu Taurestum geboren, sein Vater hieß Sabbatius, seine Mutter Biglenitza, er selbst Uprauda, der Name Justinianus soll eine Nachbildung dieses slavischen sein, nachher wurde noch der Name Flavius hinzugefügt, den alle Kaiser seit Constantin zu führen pflegten. Sein Oheim Justinus erhob ihn am 1. April 527 zum Mitregenten,

---

m) Im Text ist das Resultat einer geistvollen und gelehrten Untersuchung gegeben, welche v. Glöden das R. R. im ostgoth. Reich 1843 angestellt hat. [Vgl. jedoch die Rec. von Walch in der Jen. A. L. Z. 1845 No. 10—16. Heimbach in Gersdorf Repert. 1845 S. 417 ff. Haenel lex Rom. Visig. 1847 p. XCI. Die Zeitbestimmung v. Glöden's beruht nämlich auf einer vermeinten Benutzung der Interpretatio des Breviarium, die zwölf Stellen, auf welche er sich beruft, sind aber sämmtlich aus ursprünglichen Quellen. R.] Nach der früher angenommenen Meinung (vgl. Savigny Gesch. des R. R. im M. A. II Kap. 11 hätten auch im ostgothischen Reich germanisches und römisches Recht in gleicher Weise wie bei den Westgothen neben einander gegolten, nur daneben der Inhalt des königlichen Edicts als gemeines Recht für Gothen und Römer entweder in ihren Rechtsberührungen mit einander, oder schlechtweg, indem der König dadurch seine Gothen allmählich zum römischen Recht hätte herüberführen wollen. [Daß den Gothen unter sich ihre Rechtsgebräuche und ihr Familienrecht entzogen wäre, ist nicht nur unerweislich, sondern wird durch die speciellen Andeutungen über die Vormundschaft (Cassiodor. 1, 38) und das Mundium des Ehemanns (Cassiodor. 5, 32) geradezu widerlegt. Die Rechtspflege im Straf- und Civilproceß ist freilich als öffentliche Anstalt völlig römisch. vgl. Bethmann-Hollweg Civilproceß IV (1868) § 54. 55, während dies bei den Burgundern nur dann der Fall ist, wenn beide Theile Römer sind (ebenda § 39) und bei den Westgothen römische und germanische Proceßgrundsätze vermißt werden (ebenda § 50). R.]

n) Weil die Quellen, aus denen das Gesetz besteht, ihre römische Form darin ganz eingebüßt haben, hat man es bisher nicht in die Sammlungen des römischen Rechts, sondern in die der germanischen Gesetze (von Georgisch, Canciani, Walter) aufgenommen. Das bonner Corpus Juris aber wird es enthalten, sowie ein späteres ähnlicher Art: edictum Athalarici (vgl. Gretschel ad ed. Athal. regis Ostrog. 1828). Die vorzüglichste Ausgabe des ed. Theod. ist von Rhon: Comm. ad ed. Th. regis Ostrogoth. Hal. 1816. 4.

am 1 August desselben Jahres wurde er durch den Tod Justin's alleiniger Herrscher, im 45 Jahre seines Alters.

Sein Charakter und seine Kenntnisse sind eine Zeit lang Gegenstand heftigster Controverse gewesen. Die entgegengesetztesten Meinungen sind darüber geäußert und mit Hartnäckigkeit vertheidigt worden. Während die Einen ihm eine ausgebreitete Gelehrsamkeit zuschrieben, stellten ihn die andern als einen unwissenden Menschen dar, der nicht einmal habe lesen und schreiben können. Die letztere Behauptung beruhte freilich auf einem offenbaren Mißverständniß einer Stelle, die nicht von ihm, sondern von Justinus spricht. Der sittliche Charakter war nicht weniger bestritten. Bald gab es wenige Laster, in welchen er es nicht sehr weit gebracht haben sollte, Sittenlosigkeit, niedrige Gesinnung, schmutziger Geiz bildeten die Grundfarben des Gemäldes, bald war er ein Muster aller Tugenden, wofür nicht selten die schönen Worte, die in seinen Constitutionen vorkommen, als Beweise dienen mußten. Diese Streitigkeiten sind besonders durch die Zweizüngigkeit seines Historiographen Procopius veranlaßt worden. Dieser schrieb eine officielle Geschichte der justinianischen Regierung, worin sie in ein höchst glänzendes Licht gestellt wird. Im 17 Jahrhundert aber wurde in der vatikanischen Bibliothek eine historia arcana entdeckt und 1624 zuerst edirt, die das gerade Widerspiel von jener ist, und worin auch die Persönlichkeit Justinian's, so wie die seiner Gemahlin, der Theodora, die früher als Schauspielerin in üblem Ruf gestanden hatte, mit den schwärzesten Farben geschildert wird. Diese Entdeckung beleidigte die Juristen, welche das römische Recht mit der Person Justinian's zu identificiren gewohnt waren, und brachte viele Gegenschriften hervor, in welchen man den Kaiser, und, was man selten davon zu trennen verstand, seine Gesetzgebung und das römische Recht selbst gegen die Wirkungen jener Verläumdung sicher zu stellen suchte.

Procopius allerdings macht jede seiner beiden Schriften durch die andere verdächtig. Für die Bezeichnung des Charakters Justinian's bleibt ein Mittleres zwischen jenen Extremen übrig, wonach wir ihm eine gewisse Bildung, einen Sinn für Ordnung, und unternehmende Thätigkeit zusprechen, und ihn darum für einen der besseren Regenten jener Zeit erklären dürfen, während auf der andern Seite mit jenen löblichen Eigenschaften Habsucht, Eitelkeit und ein Mangel an ausdauernder Stärke des Geistes sich verbindet.

Auf ähnliche Weise wiederholt sich Lob und Tadel bei dem Mann, durch dessen Hülfe besonders Justinian die Erfolge hervorbrachte, welche seiner Regierung jene rechtsgeschichtliche Wichtigkeit verleihen. Dieß war Tribonianus, der am Hofe des Kaisers für die innere Verwaltung zur einflußreichsten Person sich erhob. Er wurde 531 in Folge eines Volkstumults entlassen, aber bald wieder in Activität gesetzt und blieb es bis zu seinem Tod 545. Er besaß eine für seine Zeit außergewöhnliche Bildung, einen schmiegsamen Charakter, an Habsucht that er es seinem Herrn noch zuvor, für die Beurtheilung mancher Gesetze Justinian's, die unter seinem Einflusse gegeben wurden, ist es nicht unwichtig, daß er auch bei dieser Thätigkeit der Bestechung in einem Grade zugänglich war, der selbst in jener Zeit auffiel. Auch mit ihm hat man oft das römische Recht identificirt, als wenn er der hauptsächlichste Urheber desselben gewesen wäre, ein lächerlicher Irrthum, der jetzt nicht mehr bei Juristen, wohl aber noch hie und da bei andern Schriftstellern vorkommt.

CXXXIX. Als Justinian zur Regierung kam, fand er im römischen Reich, von dem die ganze westliche Hälfte abgerissen war, folgenden Rechtszustand

vor. Es galten als Rechtsquellen mit gesetzlicher Autorität die Schriften der recipirten Juristen, mit den wenigen Ausnahmen, die gemacht worden waren, und die Art ihres Gebrauchs war durch das Citirgesetz bestimmt; die meisten freilich waren nur in einzelnen Bibliotheken zu finden, nicht wenige waren ganz verloren, in den Händen der Gerichte und Advocaten befand sich der Regel nach eine geringe Anzahl. Dazu kamen die Constitutionen in den drei Codices, die Novellen des Theodosius und Marcianus, und die einzelnen Gesetze der folgenden orientalischen Kaiser.[a])

Seit der letzten theilweisen Reform des Rechtszustandes unter Theodosius und Valentinian waren noch keine hundert Jahre vergangen, aber die Entfernung der Zustände von denen, für welche der größte Theil des Rechts entstanden war, hatte sich innerlich um vieles mehr vergrößert, es war in vielen Punkten ein entschiedener Zwiespalt zwischen dem Recht, wie es in den gesetzlich geltenden Büchern verzeichnet war, und wie es in den Gerichten zur Anwendung kam. Dieß würde in einer Zeit von wissenschaftlichem Vermögen kein wesentlicher Uebelstand gewesen sein, durch eine fortwirkende wissenschaftliche Thätigkeit würde das geschriebene Recht mit den Bedürfnissen der Gegenwart vermittelt und ausgeglichen worden sein. Damals aber war durch die Unzulänglichkeit des Buchstabens alles auf Zufall und Willkür gestellt. Schon unter Theodosius II hatte sich das Bedürfniß einer Zubereitung des alten Rechtsstoffs für die unmittelbare Anwendung geregt, es war schon zu dem Aussprechen dieses Plans durch den Gesetzgeber gekommen, dabei aber war es geblieben. Indessen pflegt ein solches Wort, wenn ein Gedanke sich einmal bis zu diesem ausgebildet hat, nicht ohne Wirkung zu bleiben, es kam nur darauf an, daß ein Regent sich fand, der für eine solche Thätigkeit Sinn und durch eine glückliche Fügung in seinen Umgebungen die Mittel dazu hatte. Dieß traf sich bei Justinian, durch welchen jener Gedanke zur Frucht reifte, zu einer tüchtigeren, als die verkrüppelten Gewächse waren, mit denen die westgothischen und burgundischen Römer sich begnügen mußten. Was man zu thun hatte, war, den Rechtsquellen eine Form zu geben, worin sie einen übersichtlichen, der Fassungskraft der Zeit gemäßen, mit Bequemlichkeit zu handhabenden Complex bildeten, und dabei durch Auswahl und etwanige Veränderungen ein unmittelbar anwendbares geschriebenes Recht herzustellen. Man konnte hier einen doppelten Weg einschlagen. Entweder man entschloß sich, alle Rechtsquellen, Jus und Leges, in Ein Buch zusammenzufassen, wie es unter Theodosius die Absicht gewesen war, oder man stellte jeden der beiden Hauptbestandtheile des Rechts, juristische Schriften und Constitutionen, besonders zusammen. Dieser letzte Weg empfahl sich wegen der beträchtlichen Masse des Stoffs, und zugleich durch die Möglichkeit einer Theilung der Arbeit, die aus verschiedenen Gründen wünschenswerth war; da das Material selbst in zwei natürliche Hälften zerfiel, so that jene Trennung der Sache keinen Eintrag. So geschah es denn auch; es wäre aber ganz ohne Grund, zu glauben, Justinian und seine Rathgeber hätten ohne Plan ein Stück des Ganzen vorgenommen, und dann

---

a) Die oben erwähnten Novellensammlungen galten nicht im Orient (§ 136 a. E.), novellae leges hießen also dort überhaupt die neueren einzelnen Gesetze nach dem theodosischen Codex. Indessen geht aus der Const. *haec quae necess.* § 2 (— in tribus veteribus codicibus, vel in quibus novellae constitutiones receptae sunt —) hervor, daß man auch dort Sammlungen, wahrscheinlich der Novellen von Theodosius und Marcianus, hatte und in den Gerichten brauchte.

sei es ihnen erst später eingefallen, ein zweites Stück dazu zu setzen, dem allenfalls auch noch ein drittes hätte folgen können.[b])

Eine zweite Frage, die man sich vorlegen konnte, war die: sollte der vorhandene Stoff auch im Einzelnen zu einer neuen Gestalt verarbeitet werden, in der Art des Edictum Theodorici oder der Interpretatio im Codex Alaricianus, oder sollte man sich mit einer Sammlung begnügen, die auf der einen Seite die einzelnen Stellen, die man benutzte, in ihrer Form ließ, auf der andern Veränderungen, um sie dem geltenden Recht anzupassen, nicht ausschloß? Die Achtung vor der Vergangenheit und die Gerechtigkeit gegen ihre Verdienste, sagt Justinian, habe ihn bewogen, sich für das letztere zu entscheiden. Ein Hauptgrund war wohl, daß, so wie man jene erste Wahl getroffen hatte, auch diese Entscheidung der zweiten Frage die natürlichere war, und daß das entgegengesetzte Verfahren eine Zeit und Mühe gefordert hätte, die und deren Resultate man nicht einmal übersehen konnte, die aber auf jeden Fall viel beträchtlicher gewesen wäre, als bei dieser Methode.

Man griff zuerst 528, ein halbes Jahr nach dem Tode Justin's die Constitutionen an, um aus den drei Codices und den späteren Gesetzen ein neues Constitutionenwerk zu verfertigen. Es war bei den Vorarbeiten, die man hatte, der leichtere Theil der Arbeit; dazu kam, daß der Regierung dieser Zweig des Rechts am nächsten lag, und auch insofern am meisten eine Reform zu fordern schien, als der Besitz der Constitutionensammlungen für alle Behörden indispensabel war, während sie sich in Beziehung auf die juristischen Schriften eher nach Bequemlichkeit beschränken zu können glaubten. Es wurde eine Commission von zehn Männern ernannt, unter ihnen schon Tribonian, obwohl noch nicht an der Spitze, und Theophilus, comes consistorianus und Professor der Rechte zu Constantinopel. An die Stelle der drei Codices und der späteren Gesetze sollte aus ihnen Ein Codex gemacht werden, mit Weglassung alles Ueberflüssigen, Beseitigung der Widersprüche, auch wohl mit schicklicher Vereinigung mehrerer Constitutionen zu einer, wo es zur Deutlichkeit beitrüge, und mit den für nöthig befundenen Veränderungen in den einzelnen Gesetzen. Die einzelnen Constitutionen sollten unter die entsprechenden Titel vertheilt, und in jedem Titel nach der Zeitfolge geordnet, auch das Datum (dies et consul) beigesetzt werden, wo dasselbe bekannt sei. Der Codex soll alle Constitutionen von allgemeiner Gültigkeit enthalten, nicht bloß die Edicte, sondern auch die Rescripte.[c]) Schon im April des folgenden Jahres 529 war die Arbeit vollendet, und wurde unter dem Namen: codex iustinianeus[c*]) promulgirt; die älteren Codices und einzelnen Constitutionen werden für ungültig erklärt, auch die in den juristischen Schriften sich vorfindenden sollen nicht allegirt werden dürfen, wenn sie in dem neuen Codex berücksichtigt, und abgeändert sind. Er soll von dem 16 desselben Monats an in Kraft treten.[d])

---

b) Justinian vermeidet es, gleich bei der Ankündigung seines ersten Codex auch den Fortgang des Gesetzgebungswerks auseinanderzusetzen; dieß beweist aber nur, daß er vorsichtiger war, als Theodosius, nicht, daß damals noch nicht daran gedacht worden sei. Bei der ersten Ankündigung der Digesten spricht er davon durchaus nicht als von einem späteren Einfall. Man hat in dem § 2 der Const. *Deo auctore* etwas dergleichen finden wollen, genau betrachtet läßt sich vielmehr das Gegentheil daraus entnehmen. — Es ist für die Behandlung der justinianischen Gesetzbücher nicht gleichgültig, ob man über diesen Punkt die eine oder die andere Ansicht hat.

c) Alles dieß ist enthalten in der Const. *haec quae necessario* an den Senat vom 13 Febr. 528. Sie gehört wie die folgende zu den Einleitungs-Constitutionen des Codex.

*c**) [Die Handschriften nennen ihn richtiger Codex Iustinianus.]

d) Const. *summa reipublicae* an den Präf. Pr. Menna vom 7 April 529. — Man pflegt

Sofort nach dieser Reform der einen Hälfte des Rechts nahm man die zweite in Ueberlegung. Zwar vergingen fast zwei Jahre, ehe das Werk, das man vorhatte, unmittelbar begonnen wurde, doch wurde auch in dieser von anderen Angelegenheiten in Anspruch genommenen Zeit der gefaßte Plan nicht aus den Augen verloren. Bei der zweiten Quelle, die nun an der Reihe war, mußte sich vor allem ein Umstand aufdringen, der schon Constantin und nachher Valentinian beschäftigt hatte, die Controversen, die unter den alten Juristen bestanden. Als eine Vorbereitung zu einer Sammlung von Stellen aus ihren Schriften schien es unumgänglich, den Compilatoren eine Anweisung in die Hand zu geben, welche Ansichten sie in das Gesetzbuch aufnehmen sollten. Man war nicht Willens, sich auf eine so mechanische und willkürliche Art aus der Sache zu ziehen, wie Valentinian gethan hatte; es schien nichts anderes übrig zu bleiben, als durch besondere Gesetze die hauptsächlichsten Controversen zu entscheiden, zugleich wohl auch die Rechtsinstitute zu bezeichnen, die als antiquirt ausgemerzt werden sollten. Damit wurde auf den Vorschlag Tribonian's sogleich der Anfang gemacht, und mit solchen Constitutionen bis auf 50 fortgefahren, mit welcher runden Zahl man aufhörte, da man denn wohl fand, daß sich diese Entscheidungsart nicht vollständig durchführen lasse, das übrige vielmehr dem Urtheil der Commission bei der Arbeit selbst anheimgestellt werden müsse.[e]) Diese Constitutionen werden von Justinian quinquaginta decisiones genannt, bei weitem die meisten derselben, so weit wir sie noch übersehen können, fallen in die Jahre 529 und 530; sie wurden als eine besondere Sammlung behandelt.[f]) Man hat geglaubt, diese Decisionen hätten mit dem Plan einer Compilation aus den juristischen Schriften in keinem Zusammenhang gestanden, dieser Plan sei erst nachher gefaßt worden,[g]) vielleicht hätte Tribonian anfangs gemeint, es sei mit einer bloßen Controversenentscheidung hinlänglich dem Bedürfniß einer Reform dieser Quelle abgeholfen. Diese Ansicht ist mit jener unrichtigen Vorstellung verknüpft, welche das Gesetzgebungswerk Justinian's aus improvisirten Einfällen entstehen läßt. Daß die Sache sich anders verhielt, geht aus der Art hervor, wie Justinian bei Gelegenheit der Revision seines Constitutionen-Codex sich darüber vernehmen läßt:[h]) postea vero (nach der Publication des ersten Codex) *cum vetus ius considerandum recepimus*, tam quinquaginta decisiones fecimus, quam alias *ad commodum propositi operis* pertinentes plurimas constitutiones promul-

---

diese erste Redaction des Constitutionencodex codex. iustin. vetus zu nennen; sie ist nicht auf uns gekommen.

e) § ult. I. de libert. (1, 5): — et dediticios quidem per constitutionem nostram expulimus, quam promulgavimus inter nostras decisiones, per quas suggerente nobis Triboniano, viro excelso, quaestore, antiqui iuris altercationes placavimus.

f) Daß sie eine besondere Collection bildeten, konnte schon aus der Note e angeführten Stelle, ferner § 16 I. de obl. ex. del. (4, 1) L. un. C. de cad. toll. (6, 51), und Theophilus zu den Institutionen geschlossen werden; erwiesen ist es jetzt durch die alte turiner Glosse zu § 2 I. de her. ab int.: — sicut libro L constitutionum invenies. Savigny Gesch. des R. R. im M. A. II S. 452 (2 Ausg.) Num. 241. [Dirksen Abh. der Berl. Acad. 1847 28. Oct. sucht freilich dieses Argument durch die Emendationen »in libro VIII constitutionum« oder »in libris constitutionum« oder »in libro C. d. i. Caesarear. oder I. d. i. imperalium constitutionum« zu beseitigen. Es giebt aber schwerlich ein historisches Zeugniß, welches so vielseitigen An- und Einfällen der Kritik Widerstand zu leisten vermöchte. R.]

g) Biener (Gesch. der Novellen S. 5) führt dafür an, daß die Decisionen in den auf die Abfassung der Digesten sich beziehenden Constitutionen nicht erwähnt werden. Das ist an sich ein höchst prekäres Argument.

h) Const. *cordi* § 1.

gavimus,[i]) quibus maximus antiquarum legum articulus (nämlich eben die juristischen Schriften) emendatus et coartatus est, omneque ius antiquum supervacua prolixitate liberum atque enucleatum in nostris institutionibus et digestis reddidimus.

Am Ende des Jahres 530 wird Tribonian durch eine besondere Verordnung beauftragt, ein Gesetzbuch aus den juristischen Schriften abzufassen, welches in 50 Bücher getheilt (codex in quinquaginta libros digestus), und Digesta, nach dem Muster des berühmten julianischen Werks, oder Pandectae genannt werden soll.[k]) Es ist nicht zu läugnen, daß der Plan, wie er in dieser Verordnung dargelegt wird, etwas großartiges und ungemeines hatte. Man hätte, wenn man bloß dem Sinn der Zeit und des großen Haufens folgte, sich die Sache sehr leicht machen können, durch Zubereitung einiger Werke, die damals gewöhnlich gebraucht wurden. Tribonian, und mit ihm Justinian selbst, ging über das Nothdürftige, über den engen Horizont der Gegenwart hinaus, aus der ganzen juristischen Literatur, so weit man sie besaß, sollte ein Auszug gegeben werden, der diesen Schatz denen zugänglich machte, die ihn in seiner ächten Gestalt nicht mehr zu gebrauchen wußten und im Stande waren, man wollte sich ein Monument für alle Zukunft errichten. Weder der Gerichtsgebrauch, der sich mehr und mehr auf gewisse Schriften eingeschränkt hatte, noch das Besitzthum der Schulen, noch endlich selbst die Gesetze, die einigen Schriften die Autorität entzogen hatten, sollten die Grenze bilden; nur Eine Beschränkung wurde anerkannt; die Juristen allein sollten benutzt werden, die wirklich zu den iuris auctores gehörten. Diese Grenze schloß die späteren, wissenschaftlich werthlosen Werke aus. Aber durch die Auszüge aus den alten Schriften war das geltende, das für die gegenwärtige Anwendung taugliche Recht darzustellen, das Veraltete zu beseitigen, die Widersprüche waren zu entfernen, Wiederholungen zu vermeiden, und mit den einzelnen Auszügen die Veränderungen vorzunehmen, die zu diesem Zwecke für nothwendig erachtet würden.

Zwei Dinge sind es noch, die den Gesetzgeber besonders in Unruhe setzen, das eine war der Gebrauch, vieles mit Siglen (Abkürzungen, insonderheit solche, wo ein Buchstabe eine oder mehrere ganze Silben vertritt) zu schreiben, wodurch die Lesart häufig ungewiß geworden war. Diese Schreibart sollte bei den Pandekten durchaus nicht gestattet werden. Das zweite, was ihn beunruhigt, ist die Furcht, es möchten durch die Juristen bald wieder Controversen entstehen, also die viele Mühe, die man sich mit der Beseitigung der alten gegeben hatte, erfolglos sein. Er glaubt dieser Gefahr durch das Verbot, Commentarien über das Gesetzbuch zu schreiben, begegnen zu können, nur griechische Paraphrasen, die dem Gesetzbuch Satz für Satz folgen (κατὰ πόδα), und compendiarische Uebersichten über den Inhalt der einzelen Titel (indices) nebst Verweisungen auf andere und Beibringung von Parallelstellen (παράτιτλα) sollen erlaubt sein.[l]) Beides, das Verbot der Siglen und der Commentarien, ist schon in jener ersten Verordnung über die Digesten enthalten; es wird

---

i) Namentlich die Aufhebung gewisser Rechtsinstitute, z. B. der Latinität betreffende, wovon manche, z. B. die dediticia libertas (Note e) auch bei Gelegenheit der Decisionen beseitigt wurden.

k) Const. *Deo auctore* de conceptione digestorum, an Tribonian vom 15 December 530 (L. 1 C. de veteri iure enuc. 1, 17). — Πανδέκται kam schon früher als Titel solcher Bücher vor, welche eine Sammlung verschiedenartiger Notizen „von allem etwas" enthielten Gell. N. A. Praef. Dieß paßte sehr wohl auf die Digesten Justinian's, die von allen Juristen Excerpte ent-

nachher bei der Promulgation des Gesetzbuchs noch genauer und ausführlicher wiederholt.

Die Digesten sind von Tribonian mit Beihülfe von sechzehn Männern, theils höheren Staatsbeamten, theils (eilf) Advocaten an dem Gerichtshof des Präfectus Prätorio Orientis, in dem Zeitraum von drei Jahren vollendet worden. Ohne Zweifel waren bei dieser Arbeit außer Tribonian selbst hauptsächlich thätig die vier Professoren (antecessores), die unter jenen fünf Staatsbeamten sich befinden: zwei von Constantinopel (Theophilus und Cratinus), zwei von Beryt (Dorotheus und Anatolius), bei denen sich die meiste Belesenheit in den juristischen Schriften, und das vorzüglichste Geschick zu ihrer Bearbeitung voraussetzen läßt.

Ueber das bei der Abfassung beobachtete Verfahren läßt sich folgendes theils aus dem Werk selbst, theils aus anderen Notizen entnehmen. Man brachte Schriften von 39 Autoren zusammen, die zu lesen und zu excerpiren waren; die meisten besaß man gleich von Anfang, und namentlich war es die Bibliothek Tribonian's, welche den größten Theil derselben gewährte, einige kamen noch nachträglich hinzu. Jene wurden in ein Verzeichniß gesetzt, welches eine Uebersicht derselben geben sollte, später ließ es Justinian den Digesten als ein Register der Juristen und Schriften, die bei dem Gesetzbuch gebraucht worden waren, vorsetzen.[m]) Dieses Verzeichniß ist in der ältesten Pandektenhandschrift, die wir besitzen, erhalten.[n]) Wir haben gesehen, daß es lediglich auf die wirklich recipirten Juristen der classischen Zeit abgesehen war; diese Regel wurde durchbrochen, indem man Arcadius Charisius und Hermogenian, die nicht in jene Reihe gehören, hereinzog (§ 100 a. E.), eine Ausnahme, die theils an sich nicht bedeutend, theils bei dem Wunsch, durch viele Namen zu imponiren, leicht zu erklären ist.

Von vorn herein wurde das Fachwerk aufgestellt, in welches die zu excerpirenden Stellen eingetragen werden sollten. Das Ganze wurde in 50 Bücher getheilt, diese wieder unter sieben Partes, von denen die erste die vier ersten Bücher enthält und πρῶτα genannt wurde, die zweite (de iudiciis) die sieben folgenden Bücher, die dritte (de rebus, nämlich creditis) das zwölfte bis neunzehnte Buch; die vierte, welche Justinian als die Mitte des Ganzen umbilicus nennt, enthält B. 20—27, die fünfte (de testamentis) B. 28—36. Die zwei letzten Partes haben einen sehr mannigfaltigen Inhalt, die sechste umfaßt B. 37—44, die siebente B. 45—50. Dieser Ordnung liegt die der Edictscommentarien zu Grunde, doch nicht ohne Aenderungen, die zum Theil andern ausführlichen Werken nachgebildet sind, zum Theil aber auch auf der eigenen Erfindung der Digestenverfasser beruhen.[o]) Die Materien, die jedes Buch abhandeln soll, sind in Titel getrennt, aus denen es besteht, und von denen jeder eine seinen Inhalt bezeichnende Ueberschrift hat. Eine Ausnahme macht

---

halten sollten (quod undique fuit collectum), so daß dieser Name den Stoff, jener erste die Form, die er erhalten hat, ausdrückt.

l) Vgl. über die Bedeutung dieser Kunstausdrücke Zachariä krit. Jahrb. 1844 S. 795 ff.

m) Const. *tanta* § 20.

n) Die obigen Sätze: 1) daß das Verzeichniß zum Behuf der Abfassung der Digesten entstanden, nicht erst nach deren Vollendung gemacht worden, 2) daß das Verzeichniß in der florentinischen Handschrift das von Justinian erwähnte ist, sind näher ausgeführt in folgender Abhandlung: Puchta Bemerkungen über den index florentinus Rhein. Museum III S. 365—370 [kleine civil. Schriften 1851 S. 216 ff.

o) [Vgl. Leist Geschichte der röm. Rechtssysteme 1850 S. 79, Rudorff Rechtsgeschichte I S. 302.]

das 30, 31 und 32 Buch, die eine gemeinschaftliche Rubrik haben (de legatis et fideicommissis), also, kann man sagen, nur Einen Titel darstellen, während umgekehrt der erste Titel des 45 Buchs (de verborum obligationibus) drei Abschnitte enthält, die indessen nicht durch besondere Rubriken, sondern nur durch Zahlen (β, γ) unterschieden sind.o*) Auch die Titelrubriken selbst sind nicht neuerfunden, sondern aus juristischen Werken genommen, nur zum Theil, wo es nöthig war, durch Veränderungen dem geltenden Recht angepaßt.

Unter diese Titel wurden nun die Excerpte aus den juristischen Schriften, jedes mit seiner besonderen Ueberschrift, welche den Namen des Juristen und das Buch, woraus es genommen ist, enthält, ihrem Inhalt nach vertheilt. Einige Titel enthalten nur ein einziges Excerpt, die meisten eine beträchtliche Anzahl, bei manchen steigt sie bis in die hunderte. Die Größe dieser Excerpte ist sehr ungleich, die Darstellung des geltenden Rechts durch fremde Worte hat dahin geführt, daß nicht selten ein Satz durch mehrere Excerpte gebildet wird, und ein Excerpt zuweilen nur aus einigen dazwischen geschobenen Worten besteht.p)

Hier entsteht die Frage: ist eine bestimmte Ordnung bei der Zusammenstellung der Excerpte in den einzelnen Titeln beobachtet worden, und welche? Man könnte erwarten, daß die einzelnen Stellen ihrem Inhalt nach an einander gereiht worden wären, wie eine selbständige Darstellung der Materie des Titels die einzelnen Punkte abgehandelt haben würde. Nun finden wir allerdings die Stellung mancher Excerpte durch ihren Inhalt bestimmt, wie so eben (Note p) ein Beispiel gegeben worden ist, und wie solche Excerpte, die den Begriff des Rechtsverhältnisses oder eine Einleitung zu demselben enthalten, an den Anfang des Titels gestellt zu sein pflegen. Aber im Ganzen und Großen haben die Compilatoren die Excerpte in der Ordnung gelassen, wie sie ihnen die Durchsicht der Schriften zuführte. Gerade dieser Umstand indessen hat eine gewisse äußere Ordnung veranlaßt, die überall wiederkehrt, und wonach die Excerpte aus gewissen Classen von Schriften beisammen zu stehen pflegen.

Den damaligen Rechtsgelehrten, und vor allem den Professoren, war eine Classification der alten juristischen Schriften geläufig, die durch den Gebrauch derselben auf den Schulen entstanden war. Im ersten Jahre des Unterrichts wurden die Institutionen des Gaius und einige Bücher der Edictscommentarien (aus der Mitte), im zweiten die Edictscommentarien, im dritten casuistische Schriften von Papinian und Paulus gelesen. Man unterschied daher Bücher des ersten, zweiten und dritten Cursus, nebst denen, die, obwohl nicht wirklich beim Unterricht gebraucht, doch mit denen der einen oder andern Classe sich zusammenstellen ließen.q) Da man nun bei der Unternehmung der Digesten das Bedürfniß empfand, die Masse der Schriften zu theilen, so bot sich am ersten jene Classification dar, durch welche die Schriften in drei Massen zerfielen; Schriften, deren Charakter unbestimmt war, wurden willkürlich zur einen oder

---

o*) [Vgl. Mommsen in der Ausgabe der Digesta II S. 657, 21.]

p) Z. B. L. 3—7 D. de public. act. (6, 2): (Ulp. lib. XVI ad ed.) — — Item si res ex causa iudicati sit tradita, (Paul. l. XIX ad ed.) vel solvendi causa, (Ulp. l. XVI ad ed.) vel ex causa noxae deditionis, sive vera causa sit, sive falsa, (Paul. l. XIX ad ed.) item si servum ex causa noxali, quia non defendebatur, iussu praetoris duxero, et amisero possessionem, competit mihi publiciana, (Ulp. l. XVI ad ed.) sed et si res iudicata sit, publiciana actio competit.

q) Diese Anschauung tritt auch bei dem Codex Alaricianus hervor, der von juristischen Schriften zuerst die Institutionen, dann die Sententiae des Paulus (einen zusammengezogenen Edictscommentar), endlich die Responsa des Papinian, freilich nur in einer einzigen Stelle, enthält.

andern geschlagen, nicht weniger wurde die Rücksicht quantitativer Ausgleichung bei der Bestimmung mancher Schriften für die eine oder die andere Masse beobachtet.

Gewiß ist, daß sich in den Titeln der Digesten drei Reihen von regelmäßig bei einander stehenden Excerpten nach den Schriften, aus denen sie genommen sind, bemerken lassen. Die meisten Titel enthalten Excerpte von allen drei Reihen, von denen bald die eine bald die andere vorangeht, in nicht wenigen finden sich nur Auszüge aus einer oder zwei derselben. Die erste Reihe enthält Auszüge aus den Commentarien ad Sabinum, aus den mittleren Büchern der Edictscommentarien, aus den Digesten (von Alfenus Varus und Julian), aus den Institutionen (von Gaius und Anderen), aus den regulae, und einer beträchtlichen Anzahl anderer Schriften; die zweite aus den übrigen Büchern der Edictscommentarien, aus den Commentarien ad Plautium, aus den Digesten (des Celsus und Marcellus), und wiederum aus vielen andern Schriften, unter denen namentlich die von Modestinus stehen; die dritte endlich, die kleinste von allen, wird durch Auszüge aus Papinian's quaestiones, responsa und definitiones, aus responsa und quaestiones des Paulus und anderer Juristen, und wiederum andern vermischten Schriften gebildet, und hat einen, wie es scheint, später hinzugekommenen Anhang einiger Schriften, unter denen Scävola's Digesten am meisten benutzt sind. Diese Entdeckung und ihre ausführliche Begründung, die nicht ohne Nutzen für die Kritik und Interpretation der Pandekten ist, verdanken wir Blume, der die erste jener Reihen die Sabinus-Masse, die zweite die Edicts-, die dritte die Papinianus-Masse genannt hat.[r])

Daraus ergiebt sich nun, daß jede dieser Classen von Schriften besonders durchgesehen und excerpirt worden ist, daß man ferner auch bei der Vertheilung der Excerpte unter die einzelnen Titel die einer jeden Classe beisammen gelassen hat, nur daß einzelne Stellen theils aus inneren Gründen (als Anfangs- oder Schlußstellen, oder wegen ihres Zusammenhangs mit dem Inhalt anderer), theils aus äußeren (als Nachträge und dgl.) aus ihrer Reihe in eine andere versetzt wurden.[s]) Es fragt sich aber, durch welches Bedürfniß diese ganze Classification der Schriften mit diesen ihren Folgen veranlaßt wurde?

Die nächste Veranlassung gab der Gedanke, daß die Pandekten möglichst universell das ganze Jus vetus darstellen, und daher aus allen Classen von Schriften Auszüge enthalten sollten. Um diesen Gedanken mit einer gewissen Gleichmäßigkeit auszuführen, und zu verhüten, daß die Compilation entweder einseitig werde, oder bei Vermeidung dieses Fehlers das billige Maß übersteige, wurde gleich von Anfang den Bearbeitern das Material in jener geläufigen Classification in die Hand gegeben. Dieß schien um so nothwendiger, als eine beträchtliche Anzahl von Personen für jenen Zweck zusammenwirken sollte.

---

r) Blume die Ordnung der Fragmente in den Pandektentiteln, Zeitschrift für gesch. Rechtswiss. IV 6 S. 257—472. Vgl. Hugo Lehrbuch der Digesten 2 Ausg. Einleitung. [Eine Revision der von Blume festgestellten Reihenfolge enthält die von Krüger zu Mommsen's Digesta Vol. II p. 50* gegebene Tabelle.]

s) Z. B. im ersten Titel des zweiten Buchs, der aus 20 Stellen besteht, steht zuerst die Edictsreihe, die Sabinusreihe beginnt mit der 13 und endigt mit der 18 Stelle, die 19 ist aus der Papinianus-Classe. Nun aber stehen die ersten zwei oder drei Stellen außer ihrer Reihe, sie sind ihres Inhalts wegen als Einleitung in die Materie des Titels an den Anfang gestellt. Die fünfte Stelle ist aus der Sabinus-Classe, sie steht dort des Zusammenhangs wegen, die zwanzigste, aus der Edictsclasse, ist ein nachträglicher Zusatz und aus diesem äußeren Grund von den übrigen ihrer Reihe getrennt.

Manche haben sich das Verfahren bei der Compilation so vorgestellt, daß die Schriften in förmlichen Versammlungen aller Beauftragten gelesen worden seien, wobei dann etwa über jede Stelle abgestimmt worden wäre. Das wäre der unglücklichste Einfall gewesen, bei dem eine Vollendung des Werks sich gar nicht hätte absehen lassen. Andere haben an drei Commissionen gedacht, die gleichzeitig auf dieselbe Weise thätig gewesen wären; aber auch so würde jene schwerfällige Behandlung das Geschäft unnöthig hingezogen, und die größere Zahl der Arbeiter würde statt zur Erleichterung, vielmehr zur Erschwerung der Arbeit gedient haben. Die Theilung der Arbeit, die sicherlich stattgefunden hat, müssen wir uns vielmehr so denken, daß jedem einzelnen Mitglied der ganzen von Tribonian berufenen Commission eine gewisse Anzahl von Schriften zur Excerpirung nach dem ihm mitgetheilten Schema der Pandektenordnung übergeben, und dann erst von Tribonian mit Zuziehung der vornehmsten oder auch aller Arbeiter eine Auswahl getroffen worden ist.[t]) Dieß geschah nun so, daß jene drei Classen von Schriften nach einander vorgenommen wurden. Und zwar scheint die Sabinusclasse zuerst an die Reihe gekommen zu sein, woraus sich erklärt, daß sie am meisten excerpirt worden ist,[u]) die Papinianusclasse hat wahrscheinlich den Schluß gemacht, womit der nachträgliche Zusatz, den sie erhalten hat (S. 395), zusammenhängt.

Am 16 December 533 wurden die Digesten promulgirt,[v]) das Gesetzbuch soll vom 30sten desselben Monats an in Kraft treten, es soll mit den Institutionen und der Constitutionensammlung die alleinige und ausschließliche Quelle des früheren Rechts sein, der Gebrauch der früheren Quellen, namentlich auch der juristischen Schriften wird verboten. Justinian erklärt, daß man die Namen der alten Rechtsgelehrten nicht der Vergessenheit habe übergeben wollen, man habe nicht bloß ein Verzeichniß derselben und ihrer Schriften, die benutzt worden seien, den Digesten vorgesetzt, sondern auch bei jeder einzelnen Stelle ihren Urheber in einer Ueberschrift bemerkt, praktisch aber sollten alle Excerpte so behandelt werden, wie wenn sie unmittelbar von ihm, dem Gesetzgeber, selbst herrührten, es solle keinerlei Unterschied unter den Juristen gemacht, noch viel weniger durch Vergleichung der (oft absichtlich veränderten) Excerpte mit den Urschriften Bedenken erhoben werden.

Während der Bearbeitung der Pandekten und nachdem sie fast beendigt war, wurde von Tribonian und den beiden Professoren Theophilus und Doro-

---

t) Der Compilator, wenn ihm die Stelle unter mehrere Rubriken gleichmäßig zu passen schien, trug sie auch wohl unter verschiedene Titel ein, indem er der künftigen Zusammenstellung des Ganzen die definitive Wahl des Orts vorbehielt. Nachher blieb sie in vielen Fällen aus Versehen an beiden Orten stehen, diese Wiederholung ist aber zuweilen auch absichtlich geschehen const. *tanta* § 14. Man nennt solche doppelt vorkommende Stellen leges geminatae; das Versehen kommt sogar in einem und demselben Titel vor (L. 6 pr. und L. 18 de re iud. 42, 1), wo es lediglich der letzten Redaktion zur Last fällt. — Die Eintragung einer Stelle geschah wohl auch zuweilen an einem unpassenden Ort, man hat dafür den Ausdruck lex fugitiva oder erratica gebraucht; die Stelle kann dadurch einen andern Sinn, als der ihr ursprünglich innewohnt, erhalten haben, aber auch dieß ist öfters absichtlich geschehen. So steht z. B. eine Stelle aus Gaius lib. 17 ad ed. provinc. in ihrem rechten Zusammenhang in L. 1 § 1 test. quemadm. aper. (29, 3), eine andere Farbe hat sie durch ihre Aufnahme in L. 6 de transact. (2, 15), aber schwerlich ohne Absicht.

u) Von etwas über 9000 Stellen, die die Pandekten enthalten, kommen fast 4000 auf jene Classe, auf die papinianische nicht ganz 2000.

v) Const. *tanta*, ad senatum et omnes populos (L. 2 C. de vet. iure enucl. 1, 17). Dieses Promulgationspatent ist zugleich griechisch erlassen: const. Δέδωκεν (L. 3 C. eod.). [Die const. Δέδωκεν ist nur unter die praefationes Digestorum, nicht in den Codex aufgenommen.]

theus ein Lehrbuch nach der Weise der älteren Institutionen abgefaßt, um die Stelle derselben zu vertreten.[v*]) Die Grundlage dieses Lehrbuchs bilden die Institutionen des Gaius (§ 104, 16), nebst dessen res quotidianae, auch die Institutionen anderer Juristen habe man zugezogen.[v**]) Dann wurde überall das neue Recht aus den Constitutionen nachgetragen, und so dafür gesorgt, daß die Studirenden gleich bei dem ersten Unterricht das geltende Recht erführen. Dem Werk wurde der herkömmliche Name: institutiones gegeben; es ist in vier Bücher getheilt, diese in Titel mit Rubriken, unter diesen werden die Materien in fortlaufender Rede ohne Nachweisung der an jeder Stelle benutzten Bücher dargestellt. Diese Institutionen Justinian's sind am 21 November 533 publicirt,[w]) sie wurden mit Gesetzeskraft versehen, die zugleich mit der der Digesten am 30 December 533 beginnen sollte.

So war nun am Ende des Jahrs 533, sechs Jahre nach dem Regierungsantritt des Kaisers, die beabsichtigte Reform der Rechtsquellen vollendet, an die Stelle der juristischen Schriften waren die Digesten und Institutionen gesetzt, den Constitutionen und ihren früheren Sammlungen der Codex Constitutionum substituirt. Diese Gesetzbücher sollten nun aber auch die Grundlage des Unterrichts an den Rechtsschulen bilden, eine eigene Verordnung vom 16 December 533 an die Professoren ordnete dieses Studium.[x]) Als öffentliche Rechtsschulen werden anerkannt die zu Constantinopel, Rom und Berytus, die in Alexandrien, Cäsarea und an andern Orten als Winkelschulen verboten. Der Cursus ist auf fünf Jahre festgesetzt. Im ersten Jahr sollen den Schülern zuerst die Institutionen, sodann die πρῶτα der Digesten vorgetragen werden, die Schüler sollen während dieses Jahrs iustiniani novi heißen, der alte Spottname dupondii wird untersagt. Im zweiten Jahr sollen sie die zweite oder dritte Pars der Digesten hören, und den altherkömmlichen Namen edictales führen; dazu sollen noch genommen werden vier einzelne Bücher aus der vierten und fünften Pars, nämlich eines von den das eheliche Güterrecht enthaltenden Büchern (Buch 23—25), eines von denen über Vormundschaft (B. 26. 27), eines aus der Lehre von Testamenten (B. 28. 29), und eines von den folgenden

v*) [Huschke in der Vorrede seiner Ausgabe p. VII sqq. sucht nachzuweisen, daß Dorotheus Buch 1 und 2, Theophilus Buch 3 und 4 bearbeitet hätten.]

v**) [Außer den Pandekten selbst, aus denen theils einzelne Stellen wörtlich ausgeschrieben, theils größere Abschnitte im Auszuge aufgenommen sind, lassen sich als direct benutzt nachweisen: die Institutionen von Florentin Marcian Ulpian, die libri VII regularum und vielleicht auch der liber sing. regularum von Ulpian.]

w) Prooemium institutionum an die cupida legum iuventus; dann noch einmal zugleich mit den Pandekten.

x) Const. *omnem reipublicae:* Theophilo, Dorotheo, Theodoro, Isidoro, Anatolio, Thalelaeo et Cratino, viris illustribus antecessoribus, item et Salaminio viro disertissimo antecessori. [Im Eingang (§ 1) gedenkt sie des Studienplans, in dessen Stelle sie eintreten sollte. Er entspricht genau der geschichtlichen Entwicklung des römischen Rechts. Die Grundlage bildete das ius civile, welches man als das älteste Element am kürzesten zurecht gemacht (§ 99 c) und in den ersten Jahrescursus zusammengedrängt hatte, worin die doppelten Lehrgegenstände (zwei Bücher aus Gaius Institutionen, vier libri singulares aus Gaius Commentar zum Edict in der Anwendung auf die städtische Prätur (edictum praetoris urbani) über Familien- und Erbrecht) noch von den alten Semestralcursen herstammten L. 2 § 47 D. de O. I. 1, 2). Mehr Raum nahm das modernere Edict ein: die allgemeinen Proceßedicte der prima pars, das Sachenrecht (die pars de iudiciis) und das Obligationenrecht (de rebus creditis) erstreckten sich alternirend durch zwei Jahrescurse, mit denen der Kreis der Vorlesungen schloß. An diese noch republikanischen theoretischen Rechtselemente reihten sich die praktischen des Kaiserreichs: Papinian und Paulus; der letztere, als Vertreter der neuesten Rechtsbildung des vorchristlichen Roms, war jedoch, gleich den Constitutionen, schon dem eignen Studium überlassen. Diese Lehrgegenstände betrugen jedoch insgesammt noch nicht völlig 60,000 versus. R.]

sieben Büchern von den Vermächtnissen (B. 30—36).[x*]) Im dritten Jahr sollen gehört werden die dritte oder zweite Pars, und dazu die drei ersten Bücher der vierten Pars (Buch 20. 21. 22). Die Schüler, die nach der früheren Studieneinrichtung in diesem dritten Jahr die Schriften Papinian's gehört hatten, und darum papinianistae genannt wurden, sollten diesen Ehrennamen auch jetzt beibehalten. Justinian bemerkt, man habe den guten Einfall gehabt, das zwanzigste Buch mit Stellen aus Papinian anzufangen, und so passe jener Name noch vollkommen;[y]) der Sache nach aber bekämen die Schüler in den ganzen Pandekten mehr von Papinian zu hören, als früher, wo man über seine Schriften, aber in der That nur über wenige Stellen derselben gelesen habe. Im vierten Jahr waren die Schüler früher ganz auf das eigene Studium (namentlich der Responsa des Paulus) verwiesen, und sie hießen wegen dieser Befreiung von dem Unterricht der Lehrer λύται, jetzt sollten sie diesen Namen, wenn sie wollten, beibehalten, aber sie sollten noch immer hören, nämlich die zehn Bücher aus der vierten und fünften Pars, die nicht schon in den früheren Jahren vorgekommen sind.[z]) So sind also die vier Bücher der Institutionen, und die 36 ersten der Digesten der Gegenstand der recitatio und expositio von Seiten der Professoren. Das fünfte Jahr, in welchem die Studirenden prolytae genannt wurden, sollte dem Privatstudium der sechsten und siebenten Pars der Digesten und des Constitutionencodex gewidmet sein.[aa])

CXL. Die Thätigkeit des Gesetzgebers war bei den erwähnten Gesetzbüchern vornehmlich auf die sichere Herstellung des bestehenden Rechts gerichtet, der Stoff derselben wurde zum bei weitem größten Theil durch die früheren Rechtsquellen geliefert, er sollte durch die neue äußere Form, die er erhielt, brauchbarer werden, dabei kam es aber zugleich darauf an, das Veraltete auszuscheiden, das nur theilweise noch Anwendbare durch gehörig angebrachte Veränderungen dem gegenwärtigen Recht anzupassen. Es war natürlich, daß man die für dieses Geschäft erforderliche Beherrschung des Stoffs, die unterscheidende Einsicht in das wirklich praktische Recht nach mehrjähriger Uebung in höherem Maße besaß als am Anfang. Der Codex von 529 mochte daher bedeutende Unvollkommenheiten haben, welche man jetzt, nach Vollendung der Digesten, zu bemerken im Stande, und die Tribonian um so weniger zu verhehlen versucht war, als er damals noch nicht an der Spitze der Gesetzgebung gestanden hatte. Der Kaiser mag vor allem durch den Grund gewonnen worden sein, daß der Codex zu wenig von seinen eigenen Constitutionen enthalte, da die meisten erst nach der Abfassung desselben erlassen worden waren. Er gab zu einer neuen Redaction (repetita praelectio) des Constitutionencodex seine Zustimmung.[a]) Dieser zweite Codex (codex repetitae praelectionis pflegt man ihn zu nennen) wurde am 16 November 534 publicirt, erhielt Gesetzeskraft vom 29 December desselben Jahres an, der alte wurde aufgehoben, ebenso die Decisionen-

x*) [Scheurl Zeitschr. f. R. G. XII S. 146 versteht richtiger die Worte Justinian's dahin, daß gerade die ersten Bücher dieser 4 Abschnitte, also B. 23. 26. 28. 30 gemeint sind.]

y) Diese Bemerkung hat den drei Büchern bei den byzantinischen Rechtsgelehrten den Namen ἀντιπαπιανοῦ βιβλία oder ἀντιπαπιανός verschafft, Hugo civil. Mag. VI 18. Vgl. Richter's und Schneider's krit. Jahrb. 1840 S. 278 ff. 380, 1841 S. 573, 1842 S. 667 f.

z) [In der Constitution steht nur, sie sollen diese 10 Bücher lesen.]

aa) [Das Studium der 6 und 7 Pars ist den Studirenden nicht gerade für das fünfte Jahr vorgeschrieben, vgl. Scheurl a. a. O. S. 144.]

a) Diese Revision wurde Tribonian und vier Andern übertragen, unter denen Dorotheus, aber nicht Theophilus sich befindet.

sammlung.[b]) Er ist in zwölf Bücher getheilt, die Bücher in Titel mit Rubriken, unter welchen die einschlagenden Constitutionen nach der Zeitfolge stehen, jede mit der Benennung ihres Urhebers in der Ueberschrift, und des Datums als Subscription, soweit dasselbe bekannt war. Die Ordnung stimmt im Ganzen mit der Digestenordnung überein,[c]) wie sich erwarten läßt. Diese Ordnung ganz genau zu befolgen, was offenbar das Zweckmäßigste gewesen wäre, davon glaubte man sich dispensiren zu können, weil der Codex nicht wenige Materien enthalten mußte, über welche sich kaiserliche Gesetze vorfanden, während sie den Schriften der alten Juristen fremd waren. Der neue Codex unterschied sich von dem alten nicht bloß durch die neueren Gesetze Justinian's, die darin aufgenommen wurden; das angeführte Promulgationspatent bemerkt, daß auch ältere Constitutionen, die den früheren Verfassern entgangen waren, nachgetragen worden seien. Auf der andern Seite wurden auch manche weggelassen,[d]) und nicht wenige, die man stehen ließ, erlitten noch weitere Interpolationen, als schon bei der ersten Ausgabe gemacht worden waren.

Es war keine geringe Unbequemlichkeit für die, welche sich den alten Codex angeschafft hatten, nach wenigen Jahren ihn aufgehoben und sich in der Nothwendigkeit zu sehen, den neuen zu kaufen. Man konnte erwarten, die Gesetzgebung werde nicht ruhen, sollte vielleicht nach einigen Jahren der zweite wieder einem dritten Platz machen? Justinian fand sich veranlaßt, bei der Publication der repetita praelectio seine Unterthanen darüber zu beruhigen: die künftigen Constitutionen würden in eine besondere Sammlung gebracht werden, unter dem Namen novellae constitutiones, der für solche Nachträge zu einer Constitutionensammlung herkömmlich war.[e])

Die Reihe dieser Novellen Justinian's (νεαραὶ διατάξεις) beginnt schon mit dem 1 Januar 535 (Nov. 1), und setzt sich bis an seinen Tod fort (Nov. 117 v. J. 564 oder 565 ist die jüngste, die wir besitzen), ihre Zahl, soweit wir sie kennen, ist mindestens 165, darunter mehrere von bedeutendem Umfang. Sie sind größtentheils in griechischer Sprache erlassen, während in den Constitutionen des Codex die lateinische die vorherrschende ist, einige sind lateinisch, manche von ihnen daneben auch griechisch ausgefertigt.[f] Da die lateinische Sprache noch immer vorzugsweise als die officielle galt, so bemerkt Justinian, daß in dem letzten Fall die lateinische Constitution die Autorität des Originals besitze.[g]) Die meisten Novellen sind gleich in den ersten fünf Jahren nach Abfassung des Codex 535 bis 539 gegeben, 545 nimmt die Thätigkeit der Gesetzgebung entschieden ab, was nicht ohne Zusammenhang mit dem Umstand zu sein scheint, daß Tribonian in jenem Jahr gestorben ist.

Von diesen Novellen bildeten sich ohne Zweifel von selbst (chronologische) Sammlungen in den Archiven der Gerichtshöfe; in dem kaiserlichen Archiv wurde ein Buch bewahrt, in welches sie eingeschrieben wurden, eine Vorbereitung für eine künftige Sammlung. Justinian erwähnt diese Thatsache in mehreren Gesetzen,[h]) mit Unrecht hat man diese Aeußerungen, verbunden mit

---

b) Const. *cordi*, de emendatione cod. Iust. et secunda eius editione; sie steht vor dem neuen Codex.

c) Hugo Lehrbuch der Digesten und des Constitutionencodex S. 45 ff.

d) Schwerlich aber solche, die in den Institutionen citirt werden, und zufällig, wie viele andere auch, in unsern Handschriften des Codex fehlen.

e) Const. *cordi* § 4. *f*) Biener Geschichte der Novellen Justinian's (1824) S. 13 ff.

g) Nov. 66 cap. 1 § 2.

h) Nov. 17 pr. Nov. 24 cap. 6 Nov. 25 cap. 6 Nov. 26 in f. Diese Novellen sind aus den Jahren 535 und 536, ebenso ist wohl eine ähnliche Aeußerung in Nov. 66 cap. 1 (v. 538) zu verstehen.

denen einiger späterer byzantinischer Schriftsteller, von einer Ausführung des bei der Publication des zweiten Codex angekündigten Plans einer kaiserlichen Novellensammlung verstanden.[i]) Daß Justinian jenes Versprechen nicht erfüllt habe, läßt sich schon aus der Existenz verschiedener Privatsammlungen schließen, von denen unten noch die Rede sein wird. Es wird aber auch bestätigt durch das unverwerfliche Zeugniß eines Zeitgenossen Justinian's, Johannes Scholasticus (seit 557 Patriarchen von Constantinopel), der bald nach dem Tode Justinian's in einer Zusammenstellung des Inhalts der kirchenrechtlichen Novellen, von den Novellen als σποράδην bestehenden Gesetzen spricht.[k])

Der größte Theil dieser Novellen betrifft die Verwaltung des Staats und die kirchlichen Angelegenheiten, nicht wenige aber haben auch das Privatrecht zum Gegenstand, mehrere davon haben einzelnen Instituten desselben eine ganz neue Gestalt gegeben. Bis zum Jahr 535 hatte die allgemeine Form des Rechts die Gesetzgebung vorzugsweise in Anspruch genommen, viele einzelne Veränderungen waren vorgenommen, neue Vorschriften erlassen worden, Institutionen, Digesten und Codex enthalten überall Spuren dieser auch den Inhalt der bisherigen Quellen reformirenden Thätigkeit theils in Interpolationen, theils in eigenen Gesetzen, aber diese Veränderungen schlossen sich noch eng an das bisher bestehende, aus alter Zeit überlieferte Recht an, die umfassendsten derselben waren im Grunde wenig mehr, als eine ausdrückliche Festsetzung dessen, was sich schon in der Praxis von selbst, wenn auch unvollständig und unsicher, so gestaltet hatte. Jetzt dagegen, als man die Sammlung und Bearbeitung des Ueberlieferten hinter sich sah, fühlte man sich wie von einer Fessel befreit. In manchen wichtigen Punkten, namentlich im Erbrecht, wurde mit einer Energie eingegriffen, die eine völlige Umgestaltung derselben zur Folge hatte. Es ist für die späteren Schicksale des römischen Rechts von großer Bedeutung, daß diese ungebundene, rein auf den Stoff einzelner Rechtsverhältnisse gerichtete Thätigkeit erst nach jener Reform des Rechtszustands im Ganzen eintrat. In umgekehrter Ordnung würde der gesetzgebende Eifer ohne Zweifel über die Grenzen der wahren Bedürfnisse hinausgerissen, und bei einer später vorgenommenen umfassenden Gesetzgebung die Anknüpfung an das überkommene Recht, in welcher die Gewähr für die Ueberlieferung der justinianischen Gesetzbücher auf spätere Zeiten und Völker lag, ausgeschlossen haben. Dann wären sicherlich die Digesten, der geistige Mittelpunkt des justinianischen Rechts, nicht oder in einer Gestalt entstanden, in der sie unfähig gewesen wären, für die neuere Jurisprudenz das zu werden, was die griechische und römische Literatur für die Wissenschaft überhaupt ist, die Quelle, aus der sie Kraft für ihre weitere Entwickelung schöpft, der Grund, auf dem sie den ihr beschiedenen Theil des Rechtsgebäudes errichtet, und der Name Justinian's würde so wenig eine welthistorische Bedeutung erlangt haben, als der seiner Nachfolger auf dem byzantinischen Thron.[l])

---

i) Gründlich hat die Frage erörtert Biener a. a. O. S. 38 ff.

k) Ioh. Schol. collectio LXXXVII capitulorum pr., ed. Heimbach ἀνέκδοτα II p. 208.

l) Zum Schluß sollen die für die Rechtsgeschichte wichtigen Data aus der Regierung Justinian's in einer chronologischen Uebersicht zusammengestellt werden:

527 1 April. Justinian von Justin zum Mitregenten angenommen.
1 August. Tod Justin's.

528 13 Febr. Const. *haec quae necessario*, worin die Abfassung des älteren Codex Constitutionum befohlen wird.
Ohngefähr 40 von den Constitutionen Justinian's, die im Codex stehen, sind in diesem Jahr erlassen.

Ueberlieferung der justinianischen Legislation.

CXLI. Betrachten wir die justinianische Gesetzgebung rein nach der Bestimmung, die ihr der Kaiser selbst gegeben hatte, also in ihrer Anwendung für sein damaliges Reich, so können wir uns nicht verhehlen, daß sie gerade in

---

529 7 April. Publication des Codex (Const. *summa reipubl.*).
16 April. Anfang seiner Gesetzeskraft.
Es beginnen die Decisionen.
Zwischen 40 und 50 andere Constitutionen sind in diesem Jahr gegeben.
530 Der größte Theil der Decisionen wird erlassen.
15 December. Befehl zur Abfassung der Digesten.
Gegen 90 Constitutionen sind aus diesem Jahr.
531 Anfang der Bearbeitung der Digesten, wahrscheinlich mit der Sabinusclasse. Daneben vielleicht die Institutionen begonnen.
Die Decisionen werden fortgesetzt.
Gegen 70 Constitutionen sind aus diesem Jahr.
532 Die Decisionen erreichen die Zahl 50, und werden in eine besondere Sammlung zusammengestellt.
Gegen 30 Constitutionen.
533 Institutionen und Digesten vollendet, und zum Behuf der Publication in Abschriften ausgefertigt.
21 November. Publication der Institutionen (prooemium instit.).
16 Decemb. Publication der Digesten, theils ad senatum et omnes populos (const. *tanta* und δέδωκεν), theils an die Professoren, mit neuer Einrichtung des Unterrichts (const. *omnem reip.*).
30 Decemb. Anfang der Gesetzeskraft der Digesten und Institutionen.
Sehr wenige Constitutionen haben das Datum von diesem Jahr (acht mit dem prooemium inst. und der const. *omnem reip.*)
534 Revision des Codex.
16 Novemb. Publication der repetita praelectio des Codex (const. *cordi*).
29 Decemb. Anfang der Gesetzeskraft des neuen Codex; Aufhebung des alten und der Decisionensammlung.
Acht Constitutionen im Codex sind von diesem Jahr datirt.
535 Sechs und zwanzig bis dreißig Novellen (Nov. 1—17. 24—29. 35—37, wahrscheinlich auch 121. 138. 139. 157).
536 Achtzehn bis zwanzig Novellen (Nov. 18—23. 30. 31. 32 et 34. 39—43. 102. 103. 75 et 104. 105, wahrscheinlich auch 38. 49).
In die Jahre 535 oder 536 gehört wahrscheinlich Nov. 154, vielleicht auch 152.
537 Sechzehn bis achtzehn Novellen (Nov. 44. 47—62, wahrscheinlich auch 45. 46).
538 Dreizehn Novellen (Nov. 63—74. 76).
539 Zwei und zwanzig bis sechs und zwanzig Novellen (Nov. 78—87. 89—91. 94—97. 99—101. 133. 162, wahrscheinlich 77. 88. 92. 93, vielleicht auch 98).
540 Nur zwei Novellen, bei denen die Zeit überdieß nicht ganz sicher ist (Nov. 98. 106).
541 Neun bis zehn Novellen (Nov. 107—114. 153, wahrscheinlich auch 136).
542 Vier Novellen (Nov. 115—117. 122).
543 Die Novelle 118.
In die Jahre 543 bis 546 fällt Nov. 126.
544 Nov. 120, wahrscheinlich auch 119. 125. 132.
545 Vier Novellen (Nov. 124. 128. 130. 131).
546 Nov. 123.
547 Wahrscheinlich Nov. 127.
551 Nov. 129.
In die Jahre 551—563 gehört Nov. 151.
552 oder 553 wahrscheinlich Nov. 142.
553 Nov. 146, wahrscheinlich auch 145.
554 Nov. 147.
556 Nov. 134, wahrscheinlich auch 159.
559 Nov. 141.
563 Nov. 143 et 150 (ein und dasselbe Gesetz).
564 oder 565 Nov. 137.
565 Tod Justinian's.

ihrer Schonung der äußeren Form des überlieferten Rechts, wodurch sie eine über ihr Zeitalter hinausreichende Wichtigkeit erhielt, für dieses selbst nur ein künstliches Dasein hatte. Entschieden sah die unendliche Mehrheit der damals Lebenden, so weit sie ein Interesse an der Sache nahmen, das ganze Werk als einen Anachronismus an; ihrer Meinung nach hätte man, mit diesem Aufwand von Kräften, statt dieser romanisirenden Institutionen, Pandekten und Codex, etwas viel zeitgemäßeres durch die Abfassung eines griechischen Gesetzbuchs zu Stande bringen können.

Kaum waren die einzelnen Gesetzbücher erschienen, so warf man sich auf sie, um sie durch griechische Paraphrasen und Auszüge in eine der Gegenwart zuträglichere Form zu bringen. Die erste Veranlassung dazu gab der Unterricht auf den Rechtsschulen, der eben darin bestand, den Schülern solche Paraphrasen der vorzutragenden Theile der Legislation in der Landessprache zu geben. Diese Bearbeitungen blieben aber nicht in den Schulen, sie breiteten sich unter den Geschäftsmännern aus, es kamen ähnliche Arbeiten und Auszüge über die Theile, welche nicht vorgetragen wurden, hinzu, nach wenigen Jahren hatte jedermann solche griechische Bearbeitungen in Händen, die Originale der Institutionen, der Digesten und des Codex haben in dem damaligen Reich Justinian's schwerlich eine sehr weite Verbreitung gefunden. Unter Justinian und später entstand eine große Anzahl solcher Arbeiten, einige von ihnen erfreuten sich eines besonderen Ansehens. Für die Institutionen hatte einer der Verfasser derselben, Theophilus, unmittelbar nach ihrer Publication eine Paraphrase für den Cursus, den er auf der Rechtsschule zu Constantinopel darüber eröffnete, geschrieben; diese erhielt eine fast ausschließliche Autorität.[a]) Für die Digesten hatte man viele ähnliche Werke, das meiste Ansehen hatte die Erläuterung εἰς πλάτος (ausführliche Paraphrase) des Stephanus. dasselbe gilt für den Codex von der Uebersetzung des Thaleläus.[b]) Auch von den Novellen gab es ausführliche Interpretationen, besonders aber, da bei den allermeisten die Sprache kein Hinderniß des Verständnisses und Gebrauchs war, Auszüge: so von Athanasius (ἐπιτομὴ ἐκ τῶν μετὰ τὸν κώδικα νεαρῶν διατάξεων u. s. w.) und von Theodorus (σύντομος τῶν νεαρῶν διατάξεων u. s. w.), beide Advocaten.[c])

Im achten und neunten Jahrhundert erwachte in den byzantinischen Kaisern ein neuer Eifer für die legislatorische Thätigkeit. Zuerst finden wir, daß Leo der Isaurier (regierte 717—741) den damaligen Rechtszustand, der allerdings traurig genug war, sich zu Herzen nahm. Er fand, daß die justinianischen Gesetzbücher, nämlich die Paraphrasen und Auszüge, die man unter dem Namen jener verstand, gar nicht hinlänglich unter den Geschäftsmännern verbreitet waren, daß ihr Inhalt überdieß mit dem geltenden Recht, das sich in der Praxis gebildet hatte, häufig nicht übereinstimmte, und daß die neueren Gesetze der Kaiser seit Justinian, wie es einzelnen Gesetzen neben einem geschlossenen Gesetzbuch leicht widerfährt, nur eine sehr prekäre Anwendung fanden. Diesem wollte er durch ein Gesetzcompendium abhelfen, welches in der Kürze das gel-

---

a) Diese Institutionenparaphrase ist uns in vielen Handschriften zugekommen. Die vorzüglichste Ausgabe ist: Theophili antecessoris paraphr. graeca instit. etc. G. O. Reitz Hag. Com. 1751. 4, 2 tomi; deutsche Uebersetzung von Wüstemann 1823. 8, 2 Bde.

b) Von diesen Schriften ist nichts als einzelne Auszüge und Citate in späteren Werken, namentlich in den Basiliken und ihren Scholien, auf uns gekommen.

c) Beide Werke sind handschriftlich vorhanden, das erste herausgegeben von G. E. Heimbach Ἀνέκδοτα I (1838), das zweite von Zachariä Ἀνέκδοτα 1843.

tende Recht aus der justinianischen und neueren Legislation mit den von ihm selbst beliebten Veränderungen enthalten sollte. Dieß ist die ἐκλογὴ τῶν νόμων ἐν συντόμῳ γενομένη u. s. w. in 18 Titeln, wahrscheinlich vom Jahr 740 (handschriftlich erhalten).[d] Leo war darin mit dem Recht in vielen Punkten so willkürlich verfahren, daß dieses Gesetzbuch keine vollständige Geltung erlangte, und von den folgenden Kaisern theilweise außer Gebrauch gesetzt wurde. Einen dauernderen Erfolg hatte das Handbuch, welches Basilius Macedo (reg. von 867—886) promulgirte: πρόχειρος νόμος in 40 Titeln um das Jahr 878.[e] Sein Inhalt ist aus dem justinianischen Recht, der Ecloga des Leo, und den eigenen Gesetzen des Basilius genommen. Von diesem Prochiron ließ nachher Basilius, wahrscheinlich kurz vor dem Ende seiner Regierung, noch eine Revision ausgehen: ἐπαναγωγὴ τοῦ νόμου, die nicht vollständig auf uns gekommen ist.[f]

Aber Basilius hatte neben diesen Handbüchern noch ein umfassenderes Werk unternommen, durch welches das geltende Recht, namentlich das justinianische, in eine neue Form gebracht werden sollte. Dieses Werk erwähnt er in seinem Prochiron und seiner Epanagoge als ἀνακάθαρσις τῶν παλαιῶν νόμων (dort mit 60, hier mit 40 Büchern). Wahrscheinlich ist es zunächst als Vorarbeit für jene Handbücher unternommen, und vielleicht nicht einmal publicirt und in den Gerichten eingeführt worden. Erhalten ist es nicht. Dagegen hat sein Sohn Leo Philosophus (reg. 886—911) das Werk wieder vorgenommen, neu bearbeiten lassen, und als Gesetzbuch promulgirt.[g] Dieses leonische Gesetzbuch führt theils den vorhin für das basilische erwähnten Namen einer repurgatio veterum legum, theils die Namen: τὸ ἑξακοντάβιβλον, ferner ὁ βασιλικὸς nämlich νόμος (das kaiserliche Gesetz), und, welcher heutzutage der gewöhnliche ist: τὰ βασιλικὰ (νόμιμα), die kaiserlichen Rechte. Diese Basiliken sind in 60 Bücher getheilt, diesen sind Titel mit Rubriken unterstellt, die Titel zerfallen in κεφάλαια, diese Kapitel wieder in θέματα (Paragraphen). Der Plan ging auf eine Darstellung des justinianischen Rechts aus den dafür gebräuchlichen griechischen Uebersetzungen, Commentarien und Auszügen, mit Zuziehung des Prochiron des Basilius. Die mit jenem Stoff vorgenommenen Veränderungen sind von doppelter Art. Theils wurde die Trennung des Materials in vier verschiedene Theile: Institutionen, Pandekten, Codex und Novellen, aufgehoben, und jede Rechtsmaterie aus ihnen zusammengenommen dargestellt, theils wurden auch materielle Abänderungen mit den Rechtssätzen selbst vorgenommen, wo die Beseitigung der Widersprüche und die Ausgleichung des justinianischen mit dem neueren Recht dieß zu fordern schien. Diese umfassendste Bearbeitung des justinianischen Rechts im byzantinischen Reich ist nur sehr unvollständig auf uns gekommen, nur von 29 Büchern ist die Voll-

---

d) [Herausgegeben von C. E. Zachariä: collectio librorum iuris graecoromani inedito-rum. Ecloga Leonis et Constantini, epanagoge Basilii, Leonis et Alexandri 1852.]

e) Herausgegeben von C. E. Zachariä Heidelb. 1837. 8. Die Prolegomena dazu enthalten p. XI—CCV gründliche Untersuchungen über die byzantinischen Handbücher überhaupt, sowohl die von den Kaisern, als die von Privatpersonen ausgegangenen.

f) [Herausgegeben von C. E. Zachariä in der Note d angeführten Sammlung.]

g) [Balsamon nennt zwar den Constantinus allein und der s. g. Tipucitus führt Leo und Constantin als Urheber an. Man hat daher die Gesetzrevision beiden Kaisern zugeschrieben und die Publication in das Jahr 910, wo Constantin Mitregent wurde, oder 911 das Todesjahr Leo's gesetzt. Da jedoch die Basiliken schon in Leo's Nov. 1 vor 892 von Leo bestätigt werden, so können sie nur von Leo allein publicirt sein. Vgl. Heimbach Ztschr. f. R. G. VIII (1869) S. 414 f. R.]

ständigkeit der Ueberlieferung unzweifelhaft (8. 11—14. 20—29. 38—42. 45—51. 60), 10 Bücher sind, theils gewiß, theils wahrscheinlich, nur theilweise erhalten, und von 17 Büchern (19. 31—37. 43. 44. 53—59) haben wir nur das, was sich aus späteren Bearbeitungen und Erwähnungen restituiren läßt.[h])

Bald nach der Abfassung der Basiliken wurden Scholia hinzugefügt, Anmerkungen zu dem Text des Gesetzbuchs, die aus den älteren Paraphrasen der justinianischen Gesetzbücher genommen sind. Wie wir aus der des Theophilus sehen, hatten diese Paraphrasen, wenigstens die ältesten unter ihnen, noch die ächten juristischen Schriften, aus denen die Pandekten und Institutionen geschöpft sind, theilweise benutzt; insofern haben jene Scholien, in denen Fragmente aus diesen Bearbeitungen enthalten sind, Interesse für die Kenntniß des reinen römischen Rechts. Diese ihre Bedeutung wird freilich dadurch verringert, daß sie durch Juristen des zehnten und eilften Jahrhunderts vermehrt und verändert wurden; aus den ursprünglichen und diesen späteren wurde im zwölften eine neue Redaction der Scholien gemacht.

Die byzantinischen Juristen nach Basilius ließen es nicht an juristischen Büchern fehlen, die theils in der Bearbeitung der früheren Handbücher, theils in neuen Compendien,[i]) dann in Sammlungen von Rechtssprüchen, und in zusammenziehenden Bearbeitungen der Basiliken bestehen. Zu den letzteren gehört die ἐκλογὴ καὶ σύνοψις τῶν βασιλικῶν u. s. w. in alphabetischer Ordnung.[k])

Außer diesen weltlichen Bearbeitungen des justinianischen Rechts, durch die es in eine allmählich immer unkenntlichere Form gebracht worden ist, haben auch kirchliche Autoren Zusammenstellungen und Bearbeitungen der kirchenrechtlichen Gesetze Justinian's theils für sich, theils mit den kirchlichen Rechtsquellen unternommen.[l])

CXLII. Die Geschichte des Rechts in dem byzantinischen Reich, welcher die bisher aufgeführten Thatsachen angehören, ist für sich so wenig ein Gegen-

---

h) Die erste Ausgabe, bei welcher die Absicht auf Mittheilung alles aus den Basiliken überlieferten ging, und bis jetzt noch die einzige vollendete ist von Hannibal Fabrot: Βασιλικῶν libri LX, in VII tomos divisi. Paris 1647 fol. Dazu haben später Nachträge geliefert: Ruhnken (Meermann thes. III V), Reiz (Meermann thes. V Theophil. p. 964 sqq.), Witte (basil. tit. de div. regulis iuris. Vratisl. 1826. 4), Pardessus (collection des lois maritimes. Paris 1828. 4. tom. I p. 179 sqq.). Vollständiger wird das Vorhandene enthalten die Ausgabe von C. W. E. Heimbach, welche Lips. 1833 (4) begonnen worden ist. [Der Abdruck des Textes schloß 1851 mit dem fünften Bande; Vorreden und indices enthält der 1870 erschienene Band. Buch 15—18 sind in einem Supplementbande zur Heimbach'schen Ausgabe noch einmal von Zachariä bearbeitet.]

i) Dahin gehört das aus dem Prochiron des Basilius, der Synopsis der Basiliken (Note k), und anderen Werken geschöpfte Handbuch des Harmenopulus: πρόχειρον νόμων τὸ λεγόμενον ἡ ἑξάβιβλος u. s. w. von 1345, welches zuerst Paris 1540. 4, am besten von Reiz (Meermann thesaur. VIII) herausgegeben ist. [Vgl. jetzt Constantini Harmenopuli manuale legum sive Hexabiblos cum appendicibus et legibus agrariis ed. G. E. Heimbach. 1851. Die wichtigsten der Byzantinischen Sammlungen und Handbücher sind abgedruckt in dem Ius Graeco-Romanum ed. C. E. Zachariae a Lingenthal. Lipsiae. Vol. I—VI 1856—1870.]

k) Herausgegeben von Leunclavius Basil. 1575 fol., mit Zerstörung der handschriftlichen Ordnung. [Die letztere ist wiederhergestellt in der Ausgabe von Zachariä Ius Graeco-Rom. V.]

l) Eine solche, und zwar der ersten Art, ist die Sammlung in 87 Kapiteln, in welche Fragmente aus zehn justinianischen Novellen vertheilt sind, von Johannes Antiochenes (Scholastikos), herausgegeben von G. E. Heimbach ἀνέκδοτα II (1840) p. 202 sqq. Von einer andern, welche die kirchenrechtlichen Novellen nicht bloß auszugsweise, sondern im Original enthält, geben Nachricht: Richter's krit. Jahrb. 1838 S. 391 f.

stand unserer Aufgabe, als die occidentalische Rechtsgeschichte in der nachrömischen Zeit.[a]) Wir haben sie vielmehr hier nur als einen Träger der justinianischen Gesetzgebung zu betrachten, und bloß in diesem Sinn sind die Notizen, die daraus gegeben worden sind, ausgewählt und mitgetheilt worden.

Das Resultat, welches sie in dieser Hinsicht darbieten, ist folgendes. Das justinianische Recht ist uns auf diesem Wege nicht in seiner ursprünglichen Gestalt überliefert,[b]) sondern in Paraphrasen, Auszügen und Bearbeitungen, von denen überdieß die besseren (mit Ausnahme der Paraphrase des Theophilus) nicht einmal vollständig erhalten sind.

Die Bedeutung, welche diese Ueberlieferungen für das justinianische Recht haben, besteht vor allem darin, daß wir daraus die unmittelbare Ueberlieferung des Originals, wo sie lückenhaft geschehen ist, ergänzen können. Dieser Gebrauch tritt namentlich ein in Beziehung auf einzelne Constitutionen des Codex, die in unseren Handschriften weggelassen sind, und auf die Novellen, von denen ebenfalls manche fehlen. Nur sind freilich diese fehlenden, und aus den byzantinischen Rechtsquellen zu restituirenden Stücke im Ganzen materiell nicht von großer Wichtigkeit. Eine zweite Anwendung, die davon zu machen ist, bezieht sich auf die Interpretation und Kritik des ächt Ueberlieferten. Hier ist nicht selten von den Ueberbleibseln der byzantinischen Gesetzgebung und Literatur, aus Mangel an Unterscheidung der Zeiten und des Gehalts derselben, ein sehr ungeeigneter Gebrauch gemacht worden. Nicht bloß hat man auf die Basiliken sich oft berufen, als wenn sie ein unter Justinian selbst unternommenes und auf eine reine Widerholung seiner Legislation gerichtetes Werk wären, während sie einem noch unendlich tiefer gesunkenen Zeitalter angehören, die justinianischen Rechtswerke selbst nicht einmal unmittelbar benutzen, und materieller Veränderungen so wenig als formeller sich enthalten, sondern man hat Werke noch viel späterer Jahrhunderte als Autoritäten behandelt. Die neueren Forschungen über die byzantinische Rechtsgeschichte werden solche Fehler vermeiden lassen, zugleich aber auch die Bausch- und Bogen-Vorstellungen, die man von dem Nutzen dieses ius civile postiustinianeum, wie man es zu nennen pflegt, für die Kenntniß des justinianischen Rechts hat, zu berichtigen im Stande sein. Man wird erwägen, daß die Basiliken für die Lesart und den Sinn der justinianischen Gesetzbücher nur in so weit eine von den Autoritäten, die uns zu Gebote stehen, bilden können, als sie die Uebersetzungen der justinianischen Zeit getreu wiedergeben, und diese letzteren hinwiederum nur insofern, als den Anschauungen eines Zeitgenossen Justinian's in dem fraglichen Punkt ein Gewicht beigelegt werden kann. Beides trifft nicht überall zusammen, öfters ist es der Fall; alles aber zusammengenommen, ist die wissenschaftliche Bedeutung jener Quellen nicht von fern mit der Wichtigkeit zu vergleichen, welche die Ueberbleibsel des vorjustinianischen Rechts für die Einsicht in das justinianische haben.

---

a) Jene hat neuerdings eine gründliche, zwar nur compendiarische, als solche aber musterhafte Behandlung gefunden in C. E. Zachariae historiae iuris graeco-romani delineatio, cum appendice ineditorum 1839, einem Werk, welches bei den § 141 gegebenen Notizen überall benutzt worden ist. An dasselbe schließt sich an Mortreuil histoire du droit byzantin ou du droit romain dans l'empire d'Orient depuis la mort de Just. jusqu'à la prise de Const. en 1452 Tom. I 1843 Tom. II. III 1844—46. Vgl. Zachariä in Schneider's krit. Jahrb. 1844 S. 794 ff. [und in der Geschichte des griechisch-römischen Rechts 2. Aufl. 1877 S. 4 ff. Heimbach Basilica VI.]

b) Eine Ausnahme macht die Sammlung kirchenrechtlicher Novellen, die § 141 Note 1 a. E. erwähnt ist, vorausgesetzt nämlich, daß sie einen byzantinischen Ursprung hat.

In der neueren Zeit hat man, wie andern Classen unserer Quellen, so auch den byzantinischen gründlichere und ausgedehntere Forschungen zugewendet, als es lange geschehen war. Der Werth derselben für unsere Jurisprudenz ist schon um des so eben berührten negativen Gewinns willen hoch anzuschlagen, und sicher kann es ihnen auch nicht an positiven Resultaten für die richtigere Erkenntniß einzelner Punkte des Rechts fehlen. Wenn sich nun mit einem solchen neuen Impuls eine gewisse Uebertreibung der Schätzung verbindet, die so natürlich ist, so kann nur ein Pedant diese der jungen Pflanze unentbehrliche Wärme als eine pedantische Ueberhebung schelten.[c]) Dagegen ist es entschieden zu mißbilligen, wenn Mühlenbruch erkärt: die Basiliken seien „vielleicht das wichtigste Hülfsmittel für Auslegung und Kritik des justinianischen Rechts,"[d]) weil durch eine solche Uebertreibung wahrscheinlich der begünstigten Sache selbst geschadet, gewiß aber das Urtheil derer, die auf eine solche Stimme hören, verwirrt wird.

Um den Gebrauch der byzantinischen Quellen für das justinianische Recht noch einmal kurz zusammenzufassen, so ist er ein dreifacher:

1) Ergänzung der Lücken, hauptsächlich im Codex und in den Novellen. Dieß ist der entschiedenste Nutzen, den jene Ueberlieferungen gewähren.

2) Kritik einzelner Stellen. Auch hier ist ihr Nutzen erheblich, nur ist ihre Autorität eine auf mannigfache Weise bedingte, nicht bloß weil die Voraussetzung, der Uebertragende habe eine fehlerfreie Handschrift benutzt, nicht überall zulässig ist, sondern auch, weil in ihm selbst, und noch mehr in denen, die uns seine Uebertragung überliefern, gar manche zum Theil nicht entfernte Möglichkeiten einer Corruption liegen können.

3) Interpretation der Stellen. Dafür ist ihr Nutzen am prekärsten. Unter Umständen läßt sich aus ihnen entnehmen, welche Bedeutung man zur Zeit ihrer Entstehung einem gewissen Rechtsausspruch beilegte; daß diese Bedeutung die richtige sei, ist damit keineswegs entschieden.[e])

CXLIII. Ein ganz anderes Schicksal, als in dem Reich, für welches sie zunächst entstanden war, erwartete die justinianische Gesetzgebung in den occidentalischen Ländern. Italien war bestimmt, das römische Recht in der justinianischen Form aufzunehmen, die Wiege für sein neues, wie für sein erstes Leben zu werden, und es den übrigen Nationen zu überliefern.

Von 535 an bekriegte Justinian das ostgothische Reich, in den allmählich eroberten Theilen führte er seine Gesetzgebung ein. 553 war die Eroberung Italiens vollendet, in einem Gesetz von 554, worin verschiedene Gegenstände in Folge der Aufhebung des ostgothischen Reichs geordnet werden, sind auch die

---

c) Die Gerechtigkeit fordert, zu bemerken, daß gerade die, welche für diesen Gegenstand am meisten geleistet haben, von einem übermäßigen Werthanschlag sich frei halten, so z. B. Zachariä in der Vorrede zu dem Note a citirten Werk.

d) Mühlenbruch Lehrb. des Pandekten-Rechts § 13. Die Gründe, die er hinzufügt, sind: „denn es (das Rechtsbuch) ist fast buchstäblich aus den meisten Theilen dieses Rechts, oder doch den griechischen Versionen desselben geschöpft".

e) Was wir aus Theophilus u. A., insofern sie vorjustinianische Rechtsquellen benutzten, entnehmen können, gehört nicht hierher. Im glücklichen Fall nämlich ist es ein Satz des älteren Rechts, den wir erhalten; wenn wir sodann davon einen Gebrauch für die Erklärung des justinianischen machen können, so ist dieß nicht eine Anwendung des postjustinianischen, sondern des antejustinianischen Rechts für diese Erklärung.

Gesetzbücher und Novellen erwähnt, die schon früher nach Italien gesendet worden seien, ihre Befolgung wird nochmals vorgeschrieben.[a])

Der byzantinischen Herrschaft in Italien war nur eine kurze Dauer zugemessen, drei Jahre nach Justinian's Tode setzten sich die Longobarden in Oberitalien fest, auch Mittel- und Unteritalien machten sich nach und nach stückweise von jener Herrschaft los. Auf die Geltung des justinianischen Rechts hatte diese Befreiung von dem byzantinischen Regiment entweder keinen Einfluß, oder, wenn einen, vielmehr den, daß das römische Recht reiner blieb, als es unter jener Einwirkung vielleicht der Fall gewesen wäre. Angeweht von dem Hauch germanischer Freiheit verjüngte sich das Land, und bereitete sich zu einem neuen geistigen Leben vor, während der Orient hinsiechte. Die Städte, die zu einer früher undenkbaren Selbständigkeit heranwuchsen, waren es hauptsächlich, in denen das römische Recht sich fortwährend lebendig erhielt, und später eine neue geistige Regsamkeit erwachte.

Die geistlose Fabel von dem völligen Untergang des römischen Rechts nach dem sechsten Jahrhundert, und seiner willkürlichen Wiedereinführung im eilften oder zwölften durch ein kaiserliches Machtgebot hat seit längerer Zeit bei Urtheilsfähigen keinen Glauben mehr gefunden. Mit der allgemeinen Wahrheit aber der ununterbrochenen Fortdauer jenes Rechts war wenig gewonnen, wenn sich damit nicht eine concrete und lebendige Kenntniß dieser Fortdauer verband. Eine solche Kenntniß ist durch die Untersuchungen Savigny's, und seine unvergleichliche Darstellung ihrer Ergebnisse möglich geworden.[b])

Mit dem zwölften Jahrhundert entstand in Bologna, und von hier aus auch in andern Orten eine Schule von Juristen, die sich des justinianischen Rechts, wie sie es vorfand, mit einer geistigen Kraft bemächtigte, welche in Erwägung der Hülfsmittel, die sie besaß, und des Zustandes der unmittelbar vorhergehenden Jahrhunderte, stets ein Gegenstand der Bewunderung bleiben wird. Durch jene Juristen ist das römische Recht den europäischen Nationen als ein Weltrecht überliefert worden, der Anstoß, den sie der Jurisprudenz gaben, wirkt fort bis auf den heutigen Tag. Man nennt sie Glossatoren, von den Noten, die sie zu dem Text der justinianischen Gesetzgebung schrieben, und welche Glossen genannt wurden. Der erste von ihnen ist Irnerius, der am Anfang des zwölften Jahrhundert in Bologna schrieb und lehrte, der letzte ist Accursius, der um das Jahr 1260 starb.[c])

Diese Glossatorenschule ist es denn auch, welche auf die Ueberlieferung des Textes der justinianischen Gesetzbücher einen höchst bedeutenden Einfluß geübt hat.

Es sollen nun zuvörderst die einzelnen Stücke der justinianischen Legislation in Rücksicht auf unsern jetzigen Besitz derselben durchgegangen, und sodann noch ihre äußere Verbindung zu einem Ganzen betrachtet werden.

CXLIV. Von den Institutionen existiren eine außerordentliche Menge von Handschriften. Wegen ihres beschränkten Umfangs und compendiarischen Charakters fanden sie die meisten Abschreiber und die meisten Käufer. Viele derselben sind für die Kritik von keinem erheblichen Werth. Die meisten sind

---

a) Const. *pro petitione Vigilii* cap. 11.

b) Savigny Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter (6 Bde. 1815—1831. Zweite Auflage der ersten drei Bände 1834) Bd. 1 und 2.

c) Savigny Bd. 3, 4 und 5. [Nachträge in Band 7 der 2. Aufl., vergl. Zeitschr. für Rechtsgeschichte XII S. 316.]

aus dem 14 und 15 Jahrhundert, beziehungsweise gering ist die Zahl derer, welche in das 12 und 13 Jahrhundert fallen, und noch geringer die der vorirnerischen. Von den letzteren, und zwar nicht später als das 10 Jahrhundert, sind vier bekannt, zum Theil freilich nur bruchstückweise erhalten. Zu diesen gehört eine Handschrift, von der 88 Blätter in Turin sich befinden; sie enthält neben dem Text eine Glosse, deren Abfassung in die Zeit der byzantinischen Herrschaft in Italien fällt.[a]) Aus denselben Gründen, die in Beziehung auf die Handschriften angegeben worden sind, sind die Ausgaben der Institutionen zahllos.[b])

CXLV. Fast alle Handschriften der Pandekten sind aus dem zwölften bis funfzehnten Jahrhundert, sie sind unmittelbar oder mittelbar unter dem Einfluß der Glossatoren entstanden, wie sie denn auch mit den Glossen derselben versehen sind. Dieser ihr gemeinschaftlicher Ursprung zeigt sich in ihrer Uebereinstimmung theils in Beziehung auf eine eigenthümliche Eintheilung (Digestum vetus, Infortiatum, Dig. novum), von welcher unten die Rede sein wird, theils in Beziehung auf gewisse Lesarten, die wir in allen finden, wo nicht etwa durch Corruption in einer oder der andern Handschrift eine Ausnahme herbeigeführt ist, obwohl auf der andern Seite auch Verschiedenheiten in den Lesarten in ihnen vorkommen, welche beweisen, daß die Handschriften unter mannigfaltigen Einflüssen entstanden sind.

Die Beschaffenheit dieser Handschriften setzt, abgesehen von Nachlässigkeit und Fehlern der Abschreiber, drei Elemente voraus, die auf sie eingewirkt haben. Das erste und wichtigste bilden die älteren Handschriften, welche die ersten Glossatoren vorfanden. Die unwahrscheinlichste Annahme wäre es, zu glauben, daß nur eine einzige Handschrift vorhanden gewesen, welche also ausschließlich die Grundlage der übrigen geworden wäre.[a]) Den Glossatoren nun, welche die Gesetzbücher zugleich als Lehrbuch benutzten, und in Vorlesungen

---

a) Savigny Geschichte II § 71 Abdruck der Glosse S. 429—476. [Dirksen's Gegengründe (Abh. der Berl. Acad. 1847, 28 Oct.) stützen sich auf kein einziges positives Argument, von der Beweiskraft der negativen ist schon oben § 139 f die Rede gewesen. Jetzt ist durch die kritischen Untersuchungen Fitting's über die Turiner Institutionsglosse und den sogenannten Brachylogus (1870) S. 32 überzeugend constatirt, daß eine Schrift, welche die genaueste Kenntniß des vorjustinianischen neben einer sehr geringen des Justinianischen Rechts und den schärfsten Definitionen an den Tag legt, nur um die Mitte des 6 Jahrhunderts in einer bestehenden Rechtsschule, sei es zu Rom oder Ravenna, entstanden sein könne. Eine sorgfältige neue Ausgabe der alten Glosse, welche im 10 Jahrh. aus ältern Handschriften gedankenlos abgeschrieben und früher von den jungen Zusätzen nicht gehörig unterschieden wurde, hat Krüger in der Ztschr. für R. G. VII (1868) S. 44 f. gegeben. R.]

b) Die erste bei Peter Schoyffer, Mainz 1468 fol., die neueste, mit Benutzung aller kritischen Hülfsmittel von Schrader: Corp. iur. civ. Berol. 1832. 4 tom. I, der Text dieser Ausgabe mit kurzen Noten Berol. 1836. 12. Jene größere Ausgabe enthält außer dem kritischen auch einen exegetischen Commentar. (Frühere Ausgaben von kritischem Werth sind die von Haloander Noremb. 1529, Contius 1560, Cujacius 1585, Biener 1812, Böcking 1829 in Verbindung mit den Institutionen des Gaius von Klenze.) [Auf einer Nachvergleichung der besten Handschriften beruht die Ausgabe von Krüger Berlin 1867; diese ist benutzt in der Ausgabe von Huschke Leipzig 1868; mehrere Nachträge sind in die Krüger'sche Ausgabe im Corpus iuris civilis I ed. 2 1877 aufgenommen.]

a) Odofredus († 1265), indem er in seinen Vorlesungen die angebliche Wanderung des Rechtsunterrichts von Rom nach Ravenna, von Ravenna nach Bologna erzählt, stellt dieß als ein Herumtragen der justinianischen Rechtsbücher dar (s. die Stellen bei Savigny III S. 427), und zwar so, als wenn es stets ein und dasselbe Exemplar gewesen wäre, welches diese Reise von einem Ort zum andern unter mancherlei Schicksalen gemacht hätte. Es versteht sich, daß dieß eine bloße Redensart ist.

commentirten, lag es ob, bei Abweichungen, die sich in den Handschriften fanden, den ihrer Ansicht nach richtigen Text zu constituiren, dadurch kam in den Hauptpunkten eine Conformität in die von ihren Zuhörern gebrauchten Handschriften, und diese Uebereinstimmung mußte bei jenem Gebrauch bis auf einen gewissen Grad nothwendig erscheinen. Diese zweite Einwirkung, deren Folge eben jene Verwandtschaft war, die wir unter den Handschriften vom zwölften Jahrhundert an bemerken, ist nicht einem einzigen oder gewissen Glossatoren zuzuschreiben, durch welche sie nach einem voraus gefaßten und durchgeführten Plan geschehen wäre, es ist die ganze Succession der Glossatoren, die zum Theil durch positive Thätigkeit, zum Theil durch Reception des von Vorgängern constituirten Textes jenen Erfolg hervorgebracht hat. Die dritte Einwirkung endlich ist die von Einzelnen als solchen ausgegangene, eine kritische Thätigkeit, deren Resultat keine allgemeine Reception gefunden, und daher die Abweichungen einzelner Handschriften, oder ganzer Familien derselben von einander veranlaßt hat.

Nun hat sich aber neben jenen aus der Glossatorenschule hervorgegangenen Handschriften eine bedeutend ältere erhalten, aus dem siebenten Jahrhundert, ohne Zweifel noch aus den Zeiten der griechischen Herrschaft in Italien stammend.[b]) Diese Handschrift war zur Zeit der Glossatoren in Pisa, wo sie als ein zum Ruhm der Stadt gereichendes, öffentliches Gut von unschätzbarem Werth verehrt wurde. Bei der Unterwerfung von Pisa unter florentinische Herrschaft ward sie 1406 nach Florenz gebracht, wo sie sich noch jetzt befindet.[c]) Jene Verehrung, die auch außer Pisa wirksam wurde, so daß Gesandtschaften erwähnt werden, welche bei streitigen Lesarten die Vergleichung des Manuscripts erbaten und als eine sparsame Gunst erhielten, hat sich in Sagen ausgesprochen, nach denen die Handschrift das Handexemplar Justinian's selbst, und die Mutter aller übrigen, ferner den Pisanern von Kaiser Lothar II 1135 aus der Beute von Amalphi geschenkt worden sein sollte, Sagen, die aller historischen Begründung entbehren. Diese florentinische Handschrift weicht von den übrigen, die wir besitzen, nicht bloß in Beziehung auf die vorhin berührte Eintheilung in drei Theile ab, die sie nicht hat, sondern auch in vielen Lesarten, und darin, daß sie zuweilen mehr, zuweilen auch weniger hat, als die übrigen. Dagegen stimmen diese mit ihr in einigen entschiedenen Fehlern überein, der merkwürdigste derselben ist die Versetzung der L. 158—199 D. de R. I. (50,

---

b) Was sich außerdem noch von älteren Handschriften der Pandekten oder einzelner Bücher oder Titel derselben vorfindet, ist nicht der Rede werth: einige kleine abgerissene Stücke einer Papyrushandschrift (herausgeg. 1842 von Zachariä Zeitschr. für gesch. Rechtsw. XI 8), vier Pergamentblätter aus dem 10 Buch (Gaupp: quatuor folia antiquiss. alic. dig. codicis rescripta Neapoli nuper reperta 1823), die fast unleserlich sind. [Erheblicher ist der Pandektentitel finium regundorum in der Agrimensorensammlung (§ 104, 8) und das in seiner Art einzige Fragment in der Pithou'schen, seit 1837 Berliner Handschrift des Julian und der Lex Dei (Ms. lat. fol. 269). In dieser befindet sich ein Quaternio, welcher § 5 I. de publ. iud. (4, 18) mit den Worten: de eis qui hominis hoccidendi causa beginnt und mit si consul vel praeses filius L. 3 D. de adopt. (1, 7) endigt, mithin einer Handschrift angehört, welche auf den ersten acht Quaternionen die Institutionen und unmittelbar nach einer eigenthümlichen solennen Schlußclausel derselben die Pandekten enthielt, indem sie sogar das Titelverzeichniß, die Präfationen, den florentinischen Index und die Eingangsformel des letzteren wegläßt. Sie gehört dem südlichen Frankreich und dem neunten Jahrhundert an, ihre Grundlage aber muß eine Schwesterhandschrift der Florentina, der sich der Text meist anschließt, gewesen sein. Die sonst unerhörte Verbindung der Institutionen und der Prota deutet noch auf den justinianischen Studienplan hin. Hänel Verhandl. der sächs. Gesellsch. 1850 S. 73—89. Mommsen Digesta praefatio p. LXII. R.]

c) Interessante Bemerkungen über die Entstehung der Handschrift s. in Zachariä's Reise in den Orient (1840) S. 49 ff.

17) hinter die L. 117 dieses Titels, die in der florentinischen durch eine Verheftung zweier Blätter entstanden ist, und ebenso in allen übrigen bekannten Handschriften sich findet.

Für die Kritik der Pandekten ist es von der größten Wichtigkeit, wie man das Verhältniß der florentinischen Handschrift zu den übrigen sich zu denken hat: sind diese aus ihr hervorgegangen, so ist in ihr allein die handschriftliche Grundlage der Kritik zu suchen, alle Abweichungen der übrigen wären, soweit sie nicht bloße Nachlässigkeit der Abschreiber zur Quelle haben, als Conjecturen der Glossatoren zu betrachten. Ganz anders, wenn die Glossatorenhandschriften aus andern, verlornen Codices hervorgegangen sind; hier bilden diese, soweit ihre Lesarten nicht erweislich einer bloßen Conjectur ihre Entstehung verdanken, eine selbständige Autorität, die nur einmal durch eine etwanige (keineswegs überall vorhandene) Unsicherheit dieser Unterscheidung zwischen Conjectur und handschriftlicher Grundlage, und sodann durch die Ungewißheit, ob die von den Glossatoren benutzten an Alter und Zuverlässigkeit der florentinischen gleichkommen, gegen die der letzteren einigermaßen zurücksteht. Wir werden sehen, daß das letztere Verhältniß das wahre ist.

Die Glossatoren selbst, so sehr sie von der Autorität der florentinischen Lesart, die sie litera pisana nennen, eingenommen sind, soweit sie dieselbe kennen, stellen ihr doch die bei ihnen hergebrachte als eine selbständige gegenüber, als litera vetus, antiqua, communis, und sind weit entfernt, sie als eine bloße Depravation der florentinischen zu behandeln.

In der That ist die Ansicht, daß die florentinische Handschrift die Quelle aller übrigen sei,[d]) durchaus unhaltbar. Schon im allgemeinen ist sie höchst unwahrscheinlich. Gewiß hatte man in Italien vor den Glossatoren nicht bloß eine einzige Handschrift, und namentlich in Oberitalien fanden die Glossatoren sicher Handschriften des geltenden Gesetzbuchs vor. Nun ist folgende Alternative möglich. Entweder die Glossatoren wählten unter diesen Handschriften die florentinische (oder eine davon abgeschriebene) und verwarfen die andern, indem sie bloß jene weiter abschreiben ließen; oder die früheren Handschriften müßten schon in weit älterer Zeit aus jener abgeschrieben worden sein. Das erste ist bei der Art, wie die Pisaner ihre Handschrift behandelten, nicht wohl denkbar, das letzte würde voraussetzen, daß Justinian nur eine einzige Handschrift nach Italien hätte schicken lassen, und daß diese gerade die pisanische sei, was niemand für wahrscheinlich halten wird. Diese Ansicht führt zu den alten Fabeln von dem Untergang des römischen Rechts, seiner Wiederentdeckung in dem florentinischen Manuscript und dessen abenteuerlichen Schicksalen zurück. Die Existenz von Handschriften in Italien, die von der pisanischen unabhängig und den Glossatoren zugänglich waren, wird durch einen Umstand außer Zweifel gesetzt, nämlich daß jene Lücken hat, die in den Glossatorenhandschriften ausgefüllt sind. Mehrere dieser Ergänzungen beruhen auf Conjectur der Glossatoren, viele aber sind von der Beschaffenheit (z. B. wo eine ganze Stelle hinzukommt), daß eine solche Entstehung undenkbar, und die Annahme von andern Urhandschriften, aus denen sie genommen sind, unvermeidlich ist.[e]) Diese

---

d) Sie ist vornehmlich von den Gelehrten vertheidigt worden, die das florentinische Manuscript theils zum Druck befördert (Taurellius), theils mit Aufwand vieler Mühe verglichen haben (Brencmann). Vollständig widerlegt hat sie Savigny Gesch. III § 165 ff.

e) Eine Sammlung solcher Ergänzungen s. bei Savigny III § 167. [Vgl. dagegen Mommsen in den Jahrbüchern des gem. Rechts von Bekker und Muther 18 (1862); die kritische Ausgabe der Digesta hat folgendes Resultat geliefert (Mommsen praefatio ad Digesta p. LXIII

ächten Ergänzungen gehen bis auf das 43 Buch herab, so weit also ist die Eigenschaft der florentinischen als Quelle der Glossatorenhandschriften entschieden zu verwerfen. Einer theilweisen Entstehung dieser Handschriften aus der florentinischen, namentlich in den letzten Büchern der Pandekten, stehen die bisher vorgetragenen Gründe nicht entgegen; daß die von den Glossatoren in ihrem Bereich vorgefundenen Handschriften unvollständig gewesen, hat nichts auffallendes, es hat sich darüber sogar eine verworrene Tradition erhalten (§ 148). Mehrere Gelehrte haben denn auch einen solchen theilweisen Ursprung der Glossatorenhandschriften aus der florentinischen angenommen, wegen jener Versetzung der Stellen im letzten Titel, die offenbar lediglich aus dieser Handschrift herstammt. Für sich allein würde diese Erscheinung auch auf andere Art sich erklären lassen: wenn man bei einer Vergleichung der pisanischen H. S. zufällig jene Abweichung fand, so war es natürlich, daß man sie für die wahre Ordnung der Stellen hielt, und in die übrigen einführte. Aber es kommt noch hinzu, daß in der florentinischen H. S. lib. 48 tit. 20 mit den Worten der L. 7 § 4: cuius in potestate der Titel schließt (der übrige Theil des Titels ist von Cujacius aus den Basiliken ergänzt), und dasselbe gilt von den 10 letzten Stellen des tit. 22 desselben Buchs. Genau dieselben Lücken haben auch alle Glossatorenhandschriften. Dadurch wird allerdings die Abstammung dieser letzten Bücher aus dem florentinischen Manuscript sehr nahe gelegt.

Die handschriftliche Grundlage für die Pandekten ist nun zwar nicht so einfach, wie sie nach der verworfenen Ansicht von dem Verhältniß des florentinischen Manuscripts wäre, aber noch immer auch bei richtiger Würdigung desselben einfach genug, in Vergleichung namentlich mit der des Codex. Sie besteht 1) in der florentinischen Lesart, der bei dem Alter der Handschrift eine bedeutende Autorität einzuräumen ist; sie ist zuerst allgemein zugänglich geworden durch den Abdruck der Handschrift, besorgt von Lälius und Franciscus Taurellius (Florent. 1553 fol.), sodann durch eine wiederholte Vergleichung von Brencmann (1709 und 1710), dessen Papiere bei der Göttinger Ausgabe (1776) benutzt worden sind;[f]) 2) in der Lesart der übrigen Handschriften, die man Vulgathandschriften zu nennen pflegt. Die Lesarten derselben, soweit sie von der florentinischen abweichen, sind von doppelter Art. Zum Theil sind sie aus der gemeinsamen successiven Bemühung der Glossatoren um die Herstellung eines richtigen Textes, theils aus den älteren Handschriften, theils durch Conjectur, hervorgegangen, und galten als die in der Schule recipirten (daher litera communis genannt), sie wurden deshalb auswärts unter dem Namen der litera bononiensis zusammengefaßt; jetzt pflegt man sie lectio vulgata zu nennen. Wir haben sie vornehmlich aus der Zusammenstimmung der Vulgathandschriften gegenüber der Florentina zu erkennen. Zum Theil stehen sie außer Zusammenhang mit der Glossatorenschule im Ganzen, und sind mehr

---

seqq.): die Handschriften der Glossatoren gehen sämmtlich auf eine Abschrift der florentinischen zurück, doch ist zur Emendation und Ergänzung derselben eine von der florentinischen unabhängige Handschrift benutzt. Diese Benutzung läßt sich für einzelne Stellen der Bücher 2. 3. 6. 7. 9. 12. 17. 30. 31. 33. 34 nachweisen, so daß zu vermuthen ist, daß Buch 35—50 in der gedachten Handschrift gefehlt haben.]

f) Brencmann hatte selbst eine Ausgabe besorgen wollen; nachdem er sich 1736 entleibt hatte, kam sein Apparat an Bynkershoek, nach dessen Tod an Gebauer in Göttingen, seit dessen Tod die Papiere auf der dasigen Universitätsbibliothek sich befinden. [Vgl. Savigny in Hugo's civilist. Magazin III 1805 Num. 15, wiederholt: Vermischte Schriften III 1850 Num. 21. R.]

oder weniger isolirte Abweichungen einzelner Handschriften oder mehrerer, die von einander abstammen. Ihr Ursprung ist verschieden; abgesehen von einer zufälligen Entstehung durch Irrthum oder Nachlässigkeit der Abschreiber können sie auf Conjecturen, die keine allgemeine Reception in der Schule fanden, aber auch auf dem Text vorglossatorischer Handschriften beruhen, wo die gemeine Meinung diesen verwarf, er also nicht in die litera communis überging. Wichtiger aber als diese äußere Unterscheidung (deren genaue Feststellung übrigens, wie sie insbesondere durch Savigny geschehen ist, immerhin ein Verdienst bleibt) ist da, wo es sich um die Kritik der Pandekten handelt, eine andere, welche nicht gehörig hervorgehoben zu werden pflegt, und die mit jener keineswegs zusammenfällt. Bei der kritischen Benutzung der Vulgathandschriften nämlich kommt es hauptsächlich darauf an, so weit es geschehen kann, zu bestimmen, welche Lesarten auf der Autorität älterer Handschriften, und welche bloß auf Conjectur beruhen. Bloß jene sind als eine Autorität zu betrachten; da nun sowohl die Vulgata als die isolirten Lesarten der Vulgathandschriften zum Theil auf bloßen Conjecturen beruhen, so ist es ein offenbarer, wenn gleich nicht ungewöhnlicher Fehler, die Vulgata überhaupt auf gleichen Fuß mit der Florentina zu stellen, während diese Behandlung nur da gerechtfertigt ist, wo sich der Ursprung der Lesart aus Urhandschriften mit einiger Sicherheit darthun läßt.

Den ältesten Ausgaben der Pandekten liegen bloß Vulgathandschriften zu Grunde.[g]) Eine Vergleichung der florentinischen H. S. von Politianus († 1494), die zuerst benutzt wurde in der Ausgabe zu Lyon 1510, gab den ersten Anstoß zu einer andern Richtung. Die erste planmäßig durchgeführte kritische Behandlung (mit Benutzung der politianischen Vergleichung und vieler Vulgathandschriften) geschah durch Gregorius Haloander, dessen Ausgabe Nürnberg 1529, 4. erschien. Man nennt den von ihm constituirten Text die lectio haloandrina oder norica. Seit der taurellischen Ausgabe (s. oben) wurde die Lesart der Vulgathandschriften gewöhnlich entweder sehr vernachlässigt oder doch nur in sehr ungeeigneter Weise und ohne Einsicht in ihre Bedeutung gebraucht. Dieß letztere gilt namentlich auch von der Göttinger Ausgabe 1776, 4., die Gebauer unternommen und vorbereitet hatte (er starb während des Drucks) und Spangenberg fortsetzte, so daß sie nur für die Florentina zu gebrauchen, für die Kenntniß der Vulgata völlig nutzlos ist. Gebauer theilt die ihm zu Gebote stehenden Handschriften und Ausgaben in zwei willkürliche Classen, und nennt die Lesarten der einen eben so willkürlich Vulgata.[h])

---

g) Der älteste bekannte Druck der Pandekten mit einer Jahreszahl ist: Infortiatum Rom. 1475 fol. Digestum novum Rom. 1476 fol. Dig. vetus Perus. 1476 fol.

h) [Das von Schrader angeregte Unternehmen hat für die Kenntniß der in den Bibliotheken vorhandenen handschriftlichen Hülfsmittel reiche Früchte getragen. Dagegen hat die arithmetische Sichtung der Handschriften nach der Ziffer guter Lesarten (Vorrede zu den Tituli Digestorum XII 5 und XXII 3 (1819) und Podromus corp. iur. civ. (1823) p. 79 sq.) unter den Juristen vielfach zu einer kritischen Willkür geführt, welche aus der möglichst größesten Zahl von Handschriften und Ausgaben einen beliebigen Text construirt. Jetzt besitzen wir in Mommsen's Digesta Iustiniani Augusti assumpto in operis societatem Paulo Krüger II vol. 1870 ein Werk, welches die Fortschritte der philologischen Kritik auf das Rechtsgebiet überträgt, indem es auf Grund der ältesten Stücke (Note b), der Nachvergleichung der Florentina, einiger der ältesten Vulgathandschriften und der ältern byzantinischen Hülfsmittel den ursprünglichen Text reconstruirt. Das Nähere ergiebt Rudorff in der Zeitschr. für R. G. VI (1867) S. 418 und jetzt Mommsen's praefatio. R.]

CXLVI. Auch von dem Codex gehören die allermeisten Handschriften der Zeit der Glossatoren und der unmittelbar folgenden an. Erst allmählich gaben die Glossatoren des zwölften Jahrhunderts dem Codex die Gestalt, die er von da an in den Handschriften hat. Denn die Handschriften, die sie vorfanden, waren großentheils (sowohl absichtlich, als zufällig) unvollständig, auch in der Ordnung der einzelnen Constitutionen zum Theil abweichend. Eine gewöhnliche Unvollständigkeit bestand darin, daß sie nur die neun ersten Bücher enthielten; dieser Ueberlieferung folgten die Glossatoren insofern, als sie nur diese Bücher mit dem Namen codex belegten, die drei letzten unter dem Namen tres libri davon getrennt an's Ende aller der Rechtsquellen, die sie als ein Ganzes behandelten, stellten (§ 148). Eine zweite Unvollständigkeit betrifft die griechischen Constitutionen, die nur theilweise oder auch wohl gar nicht aufgenommen zu sein pflegten; auch hier folgten die Glossatoren diesem Vorbild, wie sie es auch ohne dasselbe gethan hätten, sie ließen sie ganz weg. Es ist dadurch der Inhalt ganzer Titel weggefallen, die bloß aus griechischen Constitutionen bestanden. Dagegen waren sie auf die Herstellung der Vollständigkeit in Beziehung auf die lateinischen Constitutionen bedacht, hinsichtlich deren ebenfalls viele frühere Handschriften höchst mangelhaft waren. Ein dritter Mangel betrifft die Inscriptionen und Subscriptionen, auch hier gingen die Glossatoren noch weiter, ihre Methode der Behandlung des justinianischen Rechts ließ sie den großen Werth derselben nicht erkennen, sie wurden fast ganz unterdrückt.

Dagegen ist in die Glossatorenhandschriften einiges gekommen, was nicht in den Codex gehört, theils unabsichtlich, theils und zwar das Meiste mit Absicht. Das letzte ist geschehen mit Auszügen aus dem Authenticum (den Novellen), die zum größten Theil schon von Irnerius verfaßt, und nachher als integrirende Theile des Codex betrachtet worden sind, wo sie bei den Stellen stehen, welche durch die betreffende Novelle modificirt sind. Sie werden authenticae genannt, weil dieß zur Zeit der Glossatoren der Name für die Novellen war, aus denen sie genommen sind. Sodann aber wurden von den Glossatoren auch noch Gesetze Friedrich I (2) und Friedrich II (11) theils ganz, theils auszugsweise auf Veranlassung dieser Kaiser selbst an passenden Orten in den Codex eingeschaltet; auch diese heißen authenticae, weil man diese Kaisergesetze den Novellen Justinian's verglich, und sie gewissermaßen als eine Fortsetzung derselben betrachtete; man pflegt sie zum Unterschied von jenen authenticae fridericianae zu nennen.

Neuerdings sind einige Handschriften aus der Zeit vor den Glossatoren entdeckt worden, zwei von Blume aus dem zehnten Jahrhundert zu Pistoja und Monte Cassino, in welchen die oben bemerkten Eigenschaften der älteren Handschriften erkennbar sind, dann eine Anzahl von rescribirten Blättern (71) aus einer noch älteren, welche auch griechische Constitutionen enthielt, in Verona.[a])

Im sechzehnten Jahrhundert ist durch die Bemühungen verschiedener Gelehrter ein bedeutender Schritt zur Herstellung der Integrität des Codex in verschiedenen Richtungen geschehen. Haloander vor allem hat in seiner Ausgabe der 12 Bücher des Codex (Nürnberg 1530 fol.) in Beziehung auf den lateinischen Inhalt des Codex und die In- und Subscriptionen Vorzügliches geleistet, andere, namentlich Cujacius (in seiner Ausgabe der drei letzten

a) Göschen in der Vorrede zur ersten Ausgabe des Gaius, und Blume Iter Italicum I S. 262 f. Hermann in der Vorrede zu seiner Ausg. des Codex XIV f. [Der Text der Veroneser Handschrift ist, soweit er lesbar war, wiedergegeben in Codicis Iustiniani fragmenta Veronensia ed. P. Krueger 1874.]

Bücher 1562, und anderwärts), Augustinus (constit. graecarum codicis iust. collectio et interpr. 1567), Contius (in seinen Ausgaben, besonders in den von 1571 und von 1576) haben besonders den griechischen Theil und seine Restitution aus den byzantinischen Rechtsquellen sich zur Aufgabe gemacht. Auf diesen Arbeiten beruhen nun in der Hauptsache die späteren und gangbarsten Ausgaben, nur daß darin bei weitem nicht alle ihre Ergebnisse benutzt worden, und die Herausgeber daher hinter dem, was sie auch ohne neue Forschungen hätten leisten können, zurückgeblieben sind.

In der neuesten Zeit sind vornehmlich durch Biener und Witte bedeutende Vorbereitungen für eine durchgeführte Kritik des Codex gemacht worden, die sich zunächst auf die Integrität desselben beziehen,[b]) und in der neuesten von E. Herrmann (in dem s. g. kriegel'schen Corpus Juris s. § 148) besorgten Ausgabe von 1843 benutzt sind. In dieser Ausgabe ist auch, was die Hauptsache bleibt, die Sorge für die in den Vulgathandschriften enthaltenen Constitutionen und die Benutzung der neuesten Hülfsmittel dafür nicht aus den Augen verloren worden. In Vergleichung mit den früheren Ausgaben ist diese herrmann'sche die einzige, die ein begründetes Vertrauen zu dem darin recipirten Text auch im Einzelnen einzuflößen geeignet ist.[c])

CXLVII. Von den Novellen[a]) wurde noch unter Justinian eine Sammlung von 125 in einem lateinischen Auszug von Julianus (Antecessor zu Constantinopel) hergestellt, ohne Zweifel, um die Anwendung dieser Gesetze in dem der justinianischen Herrschaft unterworfenen Italien zu erleichtern. Dieser Auszug wurde dann auch in Italien in der Zeit vor den Glossatoren (unter dem Namen: novella, oder liber novellarum, oder lex romana schlechtweg, und ähnlichen) mehr als irgend ein anderes Stück der justinianischen Gesetzgebung verbreitet. Unter den Glossatoren galt er noch als ein werthvolles Hülfsmittel für die Erklärung der Novellen, nachher verlor sich dieser Gebrauch desselben fast ganz.[b]) Neben Julian aber wurde in Italien eine Sammlung von 134 vollständigen (nicht bloß epitomirten) Novellen in einer lateinischen Uebersetzung gebraucht, die ebenfalls für Italien gemacht worden ist, und verschiedene Verfasser zu haben scheint. Diese wurde von den Glossatoren als der mit Gesetzeskraft versehene Text anerkannt, und authenticum oder liber authenticorum genannt, nachdem Irnerius seine anfängliche Meinung, sie sei ein unächtes Machwerk, zurückgenommen hatte. Zugleich aber wurde eine Ausscheidung der für unbrauchbar erklärten (extravagantes oder authenticae extraordinariae) vorgenommen, und die ordinariae in 9 Collationen (nach dem Muster

---

b) Witte die leges restitutae des justinianischen Codex 1830. Biener Vorschläge zur Revision des justinianischen Codex in Hinsicht seiner Integrität (Zeitschr. für gesch. Rechtswiss. VII 5 und 8. 1830, dann abgesondert: Biener und Heimbach Beiträge zur Rev. des justin. Codex 1833).

c) [Ueber den Ursprung und Werth der Codexhandschriften vgl. jetzt Krüger Kritik des justinianischen Codex 1867 und den Nachtrag dazu in der Zeitschr. f. R. G. VIII (1868) S. 1—25, ferner die Vorrede zu der kritischen Ausgabe Codex Iustinianus ed. Krueger 1877; s. auch Zachariä von Lingenthal in der kritischen Vierteljahrsschrift XVI (1874) S. 221 ff. und neue Folge I (1878) S. 188 ff. (dagegen ebenda S. 597 ff.), über die Benutzung der griechischen Bearbeitungen denselben in der Zeitschr. f. R. G. X (1872) S. 48—70.]

a) Biener Geschichte der Novellen Justinian's 1824.

b) Wir besitzen Julian's Epitome in zahlreichen Handschriften, von denen einige erst in neuerer Zeit entdeckt worden sind, sie ist seit dem 16 Jahrhundert auch oft gedruckt worden, doch so, daß eine neue Ausgabe wünschenswerth bleibt. Haubold in der Zeitschrift für gesch. Rechtswiss. IV 4. 9. Hänel ebendas. VIII 10. [1873 ist eine von Hänel besorgte Ausgabe erschienen.]

der 9 ersten Bücher des Codex), die extraordinariae in drei Collationen (analog den tres libri) eingetheilt; nach diesen Collationen citiren die Glossatoren, indem sie die einzelnen Novellen, die darunter begriffen sind, als authenticae oder tituli bezeichnen. Jene 9 Collationen, wie sie bis Accursius festgestellt worden waren, enthielten 97 Novellen (98 tituli, da Nov. 8 in 2 Titel getheilt ist), die drei Collationen der extraordinariae pflegten nicht mehr abgeschrieben zu werden, doch wurden in den späteren Handschriften wieder bald mehr bald weniger derselben unter die 9 Collationes aufgenommen. So sind also die Handschriften des Authenticum bald mehr bald weniger vollständig, die vollständigste und wichtigste, da sie der Gestalt des Authenticum, wie es die Glossatoren vorfanden, am allernächsten kommt, ja sie vielleicht vollkommen darstellt (wie denn auch von den 134 Novellen darin nur eine einzige fehlt), ist eine zu Wien befindliche, auf die Savigny zuerst aufmerksam gemacht hat.[c])

Außer dem Authenticum ist aber noch eine andere Sammlung der Novellen in griechischer Sprache auf uns gekommen, welche 168 Nummern enthält, aber freilich nicht bloß Novellen Justinian's, sondern auch vier Novellen von Justinus II (140. 144. 148. 149), drei von Tiberius II (161. 163. 164), endlich noch vier Edicte von Präfecti Prätorio (165—168). Sodann kommen mehrere Novellen doppelt vor: dieselbe Novelle enthalten die Nummern 32 und 34 (jene bezieht sich auf die griechische, diese auf die lateinische Publication der Novelle), 41 und 50, 75 und 104, 143 und 150 (das Verhältniß dieser beiden Nummern ist wie bei 32 und 34). So wie schon jene formae praefectorum ein willkürlicher Zusatz sind, so hat diese Sammlung noch andere Zusätze erhalten, ein solcher sind 13 sogenannte edicta Iustiniani in griechischer Sprache (von denen drei auch unter jenen 168 Novellen vorkommen: Nov. 8. 111. 122), d. h. Novellen Justinian's, mit denen man hinterdrein die Sammlung zu vervollständigen gedachte. Diese Sammlung, in der That, wie sich aus den angeführten Daten ergiebt, ein schlechtes Machwerk, ist uns durch drei Handschriften überliefert, welche sich gegenseitig ergänzen. Die erste ist die florentinische, welche von Haloander herausgegeben worden ist (Nürnberg 1531 fol.), die zweite die venetianische, herausgegeben von Scrimgerus (1558 fol.), dazu kommt ein in Paris befindliches griechisches Verzeichniß der Rubriken von 168 Novellen,[d]) und zwar von derselben Sammlung, die jene beiden Handschriften enthalten, welches Cujacius (in der expositio novellarum 1570) in einer lateinischen Uebersetzung, Heimbach (ἀνέκδοτα II p. 237 sqq. 1840) in der Ursprache herausgegeben hat.[e])

---

c) Savigny Zeitschrift II 3. [Vermischte Schriften III 26.]

d) S. g. index reginae, d. h. aus der bibliotheca reginae. Zachariä (anecdota p. XXVII 1) glaubt, daß es nicht nach der Sammlung selbst, sondern nach dem Auszug des Theodorus angelegt sei.

e) Streitig ist das Verhältniß der Sammlung zu dem Auszug des Theodorus, dem sie nach Inhalt und Ordnung zu Grunde zu liegen scheint, während sie hinwieder, in den uns zugekommenen Handschriften wenigstens, statt der lateinischen Novellen, soweit sie über ihren Inhalt nicht ganz hinweggeht, die griechischen Auszüge, theils des Athanasius, theils eben jenes Theodorus giebt. Man nimmt nun gewöhnlich an, die Sammlung liege dem Auszug des Theodorus zu Grunde, und die Stücke des letzteren statt der lateinischen Originalien in den uns überlieferten Handschriften seien ein späterer Zusatz. Dagegen hat Heimbach (de origine et fatis corporis, quod CLXVIII novellis const. constat. 1844) behauptet, die beiden uns überlieferten Handschriften seien Zusammenstellungen der Novellen nach Theodorus, der seinen Auszug gemacht habe auf dem Grund einer chronologischen Sammlung von 120 Novellen, an die er willkürlich, was er sonst von Novellen habhaft werden konnte, anfügte. Zachariä hat die frühere Ansicht in Schutz genommen in den krit. Jahrb. 1845 S. 84 ff.

Die Ausgaben der Novellen[f]) (die erste Rom. 1476 fol.) enthalten bis zur haloandrischen die recipirten 97 Novellen des Authenticum (und auch diese anfangs nicht immer ganz vollständig), jedoch häufig mit dem Zusatz von mehr oder weniger Extravagantes. Dieß setzt sich auch noch nach der haloandrischen von 1531 fort, die nachher (Basel 1541) mit Hinzufügung des Textes vom Authenticum bei den 97 Novellen neben der Uebersetzung Haloander's wiederholt worden ist; auch ist die bloße Uebersetzung Haloander's ohne den griechischen Text öfters gedruckt worden. Neben diesen (und der Ausgabe des Scrimgerus 1558) liefen noch immer die Ausgaben des Authenticum, welches jetzt die versio vulgata genannt wurde, in der herkömmlichen Art her. Man fing nun auch an, die haloandrischen und scrimgerischen Arbeiten zu verbinden, und endlich auch noch das Authenticum in den 97 herkömmlichen Novellen dazuzuschlagen. Dieß geschah in der Ausgabe von Contius 1571 (Lugd. 8), welche den griechischen Text nach den vorliegenden Ausgaben giebt, den lateinischen theils nach dem Authenticum (und zwar bei mehr Novellen als den gewöhnlichen 97, indem er aus vollständigeren Handschriften 12 nachtrug), theils aus anderen Quellen, theils (von 51 Nummern) eigene, haloandrische, und andere Uebersetzungen. Um das Gemisch vollständig zu machen, stellte er zwar die Sammlung von 168 Novellen in ihrer Ordnung dar, suchte sie aber durch Eintheilung in 9 Collationen dem Authenticum der Glossatoren ähnlich zu machen. 1576 ist diese Ausgabe von Contius ohne den griechischen Text wiederholt worden, und alle folgenden Herausgeber, wenn wir von einigen glossirten Ausgaben des sechzehnten Jahrhunderts absehen, haben die Einrichtung des Contius befolgt. Eine neue Uebersetzung der griechischen Novellen hat Hombergk zu Vach (Marburg 1717. 4) geliefert. Diese und auch der griechische Text nach den Ausgaben von Haloander und Scrimgerus ist mehrfach verbessert von Osenbrüggen (im kriegel'schen Corpus Juris, s. unten), aber auch diese neueste Ausgabe hat in jener nicht zu rechtfertigenden Durcheinandermischung der griechischen und lateinischen Sammlung die des Contius nachgeahmt. In keiner Ausgabe noch ist der s. g. Versio vulgata (dem Authenticum) eine kritische Bearbeitung mit den Hülfsmitteln, die dafür vorliegen, zu Theil geworden. Seit dem Erwachen der kritischen Thätigkeit im sechzehnten Jahrhundert haben die Kritiker sich fast ausschließlich auf den griechischen Text geworfen, die Sammlung von 168 Novellen hatte der Sprache wegen das Vorurtheil für sich erregt, in ihr habe man diesen Theil der justinianischen Gesetzgebung in seiner Reinheit, die Vulgata wurde als eine barbarische Entstellung verachtet und vernachlässigt, und diese ungründliche Ansicht, welche damals, in den ersten Zeiten der Reaction gegen die wissenschaftliche Methode des spätesten Mittelalters zu entschuldigen war, hat sich bis auf die neuere Zeit fortgepflanzt. Nachdem seit Jahren (vornehmlich durch Savigny in Beziehung auf das Authenticum, so wie durch Biener und Andere in Beziehung auf die griechische Sammlung) richtigere Ansichten über den Gehalt und gegenseitigen Werth dieser Sammlungen möglich sind, sollte die ausschließliche Verehrung der byzantinischen billig auch praktisch aufhören, und dem Authenticum die kritische Behandlung und Restauration zu Theil werden, auf die es seit der Glossatorenzeit vergebens gewartet hat.[g]) Es wäre an der Zeit, die Ver-

---

f) S. das Verzeichniß derselben bei Biener Gesch. der Novellen S. 317—428.

g) [Eine kritische Ausgabe enthält jetzt G. E. Heimbach's Authenticum Novellarum constitutionum Iustiniani versio vulgata Leipzig 1846—1851]

wirrung, die durch Contius in diesen Theil des Corpus Juris gekommen ist, endlich nach bald dreihundert Jahren zu beseitigen, und jenes ist der einzige Weg dazu.

CXLVIII. Schon die Glossatoren betrachteten die vier Stücke der justinianischen Gesetzgebung als ein Ganzes, für welches auch bei ihnen, wie noch bei uns der Name corpus iuris und corpus iuris civilis üblich war.[a]) Es war bei ihnen in fünf Theile (volumina) eingetheilt, von denen die drei ersten auf die Pandekten kamen, der vierte den „Codex" (die ersten neun Bücher), der fünfte endlich alles übrige enthielt, also: institutiones, authenticum, tres libri. Dazu kamen nun aber noch einige Stücke, welche die Glossatoren in das Corpus Juris einfügten: die longobardische Lehenrechtssammlung (libri feudorum) und mehrere Gesetze der Kaiser Friedrich I, Friedrich II und Conrad. Man schloß sie dem Authenticum an als decima collatio, setzte sie daher in den fünften Theil und zwar regelmäßig unmittelbar hinter das Authenticum. Diesen fünften Theil, da er nicht wie die vier ersten nach seinem allzumannigfaltigen Inhalt genannt werden konnte, nannte man volumen schlechtweg, oder auch (weil er bedeutend kleiner war, als die andern) volumen parvum.

Die Pandekten nehmen die drei ersten Theile des Ganzen nach einer ganz eigenthümlichen Eintheilung ein. Der erste Theil enthält die 23 ersten Bücher, und von dem 24 die 2 ersten Titel, er schließt also mit dem Titel de divortiis et repudiis, gewöhnlich aber wird noch die erste Stelle des folgenden Titels hinzugefügt. Dieser erste Theil heißt Digestum vetus. Der zweite Theil beginnt mit dem 3 Titel des 24 Buchs (soluto matrimonio dos quemadmodum petatur), oder gewöhnlich mit der zweiten Stelle dieses Titels, die mit den Worten soluto matrimonio (wie die Titelrubrik) anhebt, und geht bis zum Schluß des 38 Buchs. Dieser Theil heißt Infortiatum. Der dritte Theil heißt Digestum novum; er beginnt mit dem 39 Buch (dessen erster Titel die Rubrik: de operis novi nuntiatione hat) und endigt mit dem Schluß der Pandekten selbst. Jeder dieser drei Theile ist ferner in 2 partes abgetheilt, die zweite Pars des dig. vetus beginnt mit dem 12 Buch, die des Infortiatum mit dem 30, die des dig. novum mit dem 45 Buch. Das Infortiatum aber hat noch eine dritte Pars, welche tres partes genannt wird, sie beginnt nämlich mit diesen Worten mitten in einem Satz der L. 82 ad leg. falcidiam (35, 2).[b]) Die Glossatoren gebrauchen den Namen infortiatum auch wohl ausschließlich für die zwei ersten Partes, z. B. infortiatum cum tribus partibus, und manche schlugen die tres partes zum dig. novum.[c])

Ueber die Entstehung dieser Eintheilung sind zwei scheinbar entgegengesetzte Ansichten aufgestellt worden, nach der einen soll sie absichtlich, nach der andern durch Zufall entstanden sein. Die letzte Ansicht ist sehr alt, schon Odofredus († 1265) erklärt die Eintheilung in seinen Vorlesungen auf diese Weise.[d]) Auf dieses hin giebt man folgende Erklärung der Sache: Irnerius habe anfangs nur eine sehr unvollständige Handschrift der Pandekten gehabt, die mit dem zweiten Titel des 23 Buchs abgebrochen habe, dann habe er eine zweite zufällig in umgekehrter Art unvollständige erhalten, die von den Worten

---

a) Savigny Gesch. des R. R. im M. A. III § 191.

b) — sic fiet, ut centum quae praestari possunt, in quattuor partes dividantur (hier endigt die zweite Pars und beginnt die dritte), *tres partes* ferant legatarii etc.

c) So Placentinus († 1192) in einer von Savigny Gesch. III S. 430 mitgetheilten Stelle.

d) S. die Stellen bei Savigny III § 158.

tres partes anfing und bis ans Ende reichte, da habe man denn die früher besessene dig. vetus, die spätere dig. novum genannt, endlich habe er eine vollständigere erlangt, aus der er das ihm fehlende Mittelstück nahm und seine Pandekten ergänzte. Was geschah nun? Etwas ganz unerwartetes: hatte er in jenem Zufall einen höheren Fingerzeig gesehen, oder betrachtete er sonst das so gebildete Dig. vetus und novum als eine unveränderliche Thatsache, wir wissen es nicht. Kurz, statt wie zu hoffen war, die Pandekten zu nehmen, wie sie nun wirklich waren, bildete er den Eigensinn des Zufalls zu einer bleibenden Eintheilung aus, indem er die tres partes von seinem »dig. novum« abriß und zu dem bisher fehlenden Mittelstück, zu dem sie besser paßten, schlug, welches Mittelstück als ein durch die tres partes verstärktes er oder seine Nachfolger infortiatum nannten. Dieser an sich höchst unwahrscheinliche Hergang wird meines Erachtens nichts weniger als beglaubigt durch die Erzählungen, mit denen Odofredus seine Zuhörer aus einer über hundert Jahre zurückliegenden Zeit unterhält: er will ihnen den Ausdruck infortiatum erklären, es gebe darüber verschiedene Meinungen, Irnerius erklärte es mit den Worten auctum vel augmentatum (also schon Irnerius betrachtete den Namen als ein Problem), und das müsse man sich so denken, daß anfangs nicht alle Bücher in Bologna gewesen seien, sondern nur Dig. vetus und novum, und Institutionen, nachher aber sei jenes dazu gekommen, und da habe Irnerius gesagt, unser Recht ist verstärkt, infortiatum.[e]) Uebrigens kommt man mit dieser Ansicht doch nicht über die absichtliche Entstehung hinaus, denn auch nach ihr ist die Eintheilung eine absichtliche, nur daß sich der Eintheiler durch einen Zufall zu derselben und zu ihrer Modalität hätte bestimmen lassen, offenbar auf eine viel absurdere Weise, als wenn er durch eine eigene Erfindung, sie mochte so absurd sein als sie wollte, darauf gekommen wäre.

Daß die Eintheilung rein absichtlich entstanden ist, kann man ohnedies nach dem Erfolg, den sie gehabt hat,[f]) und nach dem Geist der Zeit, der sie ohne Zweifel angehört, für das Wahrscheinlichere halten. Es wird aber auch durch ihre Beschaffenheit bestätigt. Wenn es irgend jemanden nothwendig schien, eine Theilung der Pandekten, um sie in drei nicht übermäßige Bände zu bringen, vorzunehmen, so war es für ihn, wenn er die Sache ganz äußerlich mit den Augen eines Abschreibers und im Geschmack seiner Zeit betrachtete, sehr anlockend, mit der Ehescheidung auch eine Scheidung des Buchs vorzunehmen, und soluto matrimonio gleichsam soluto libro einen neuen Theil beginnen zu lassen. Wenn er nun diesen Theil bis zum 2 Titel des 35 Buchs fortgeführt hatte, so fand er, nach einem Schluß des zweiten und Anfang des dritten suchend, die Worte tres partes, die sich als Anfang des letzten Theils um so mehr empfahlen, als vielleicht damals schon auch der letzte Theil des Codex tres libri hieß. Wenn er damit auch schon die oben erwähnte Eintheilung in partes (sieben wie bei Justinian, nur freilich andere) verband, so hatte er zugleich von tres partes an wirklich noch drei Partes. Den ersten Theil nannte er dig. vetus, was so viel bedeutet als ius vetus, also nach

---

e) Die Untauglichkeit der Stellen des Odofredus für einen Beweis obiger Ansicht ist näher von mir auseinandergesetzt in den Erlanger Jahrb. der jur. Lit. VII S. 129 ff.

f) Nur wenn sie eine in Oberitalien herkömmliche war, läßt sich begreifen, daß die Glossatoren sie ihrer Absurdität ungeachtet beibehalten haben; darauf führt denn auch die Bemerkung, daß in der Zeit vor den Glossatoren gerade von dem Infortiatum die wenigsten Spuren des Gebrauchs vorkommen, was voraussetzt, daß man schon damals die Pandekten in drei Bände absonderte, von denen sodann einer weniger als die anderen gebraucht werden konnte.

Justinian's Vorgang die Digesten überhaupt bezeichnet,[g]) den dritten Theil tres partes, den zweiten als den zwischen diese beiden gleichsam eingekeilten: infortiatum.[h]) Ein Anderer verbesserte die Eintheilung im Geist ihres ersten Urhebers, indem er den dritten Theil mit dem Titel de operis novi nuntiatione begann, und für dieses opus novum den Namen dig. novum erfand, der einen ihn empfehlenden Gegensatz zu dig. vetus bildete. Sicher wäre es ein Zufall über alle Zufälle, der das Zusammentreffen aller dieser Punkte zugleich veranlaßt hätte.[i])

Nach der nun beschriebenen Eintheilung des Ganzen in fünf Theile wurden die einzelnen Stücke der justinianischen Gesetzgebung gewöhnlich abgeschrieben, und ebenso sind die älteren Drucke beschaffen, ohne einen Collectivtitel, wenn auch gewöhnlich alle Theile in derselben Officin erschienen. Die erste Ausgabe, welche den später allgemein gewordenen Collectivtitel: corpus iuris civilis trägt, ist von Dionysius Gothofredus Lugd. 1583. 4.

Die Ausgaben des Corpus Juris sind theils glossirte, theils nicht glossirte. Jene sind mit der Glosse versehen, welche Accursius verfaßte und aus den früheren Glossen zusammenstellte, und die auch in den meisten Handschriften sich findet; Handschriften mit voraccursischen Glossen sind selten, und gedruckt sind diese, mit Ausnahme einiger Proben in Savigny's Geschichte, nie worden. Die glossirten Ausgaben haben denn auch fast alle jene Eintheilung des Corpus Juris in fünf Volumina, zuweilen ist ein sechster Band mit einem sehr ausführlichen Index über die Glosse hinzugefügt. Alle Ausgaben bis zum Anfang des sechzehnten Jahrhunderts sind glossirte, von da an gehen hundert Jahre hindurch glossirte und unglossirte neben einander her, seit 1627 (op. et stud. Io. Fehii Lugd. 6 Bände fol.) ist keine glossirte mehr erschienen.

Die unglossirten Ausgaben beginnen mit der pariser von 1525—27. 12, die sich noch der alten, bald nachher verlassenen Eintheilung des Corpus Juris anbequemt. Von der großen Anzahl dieser Ausgaben sind die gothofredischen hervorzuheben, nicht wegen ihres kritischen Werths, der vielmehr Null ist, sondern wegen ihrer großen Anzahl und weiten Verbreitung.[k]) Sie beginnen mit der oben erwähnten von 1583. 4, mit Noten von dem Herausgeber, die wegen der Angabe der Parallelstellen nicht ohne Brauchbarkeit, und nach oftmaliger Wiederholung in einer neuen von Jacobus Gothofredus besorgten Ausgabe (Genf 1624 fol.) vervollständigt sind. Diese Ausgabe ist dann sehr oft (wenigstens zwanzigmal) theils in Folio, theils in Quart wiederholt worden, dahin gehört auch die von Simon van Leeuwen besorgte, Amsterd. 1663 fol.[l])

---

g) Daraus erklärt sich erst, warum das Mittelstück infortiatum ohne Beisatz des Worts digestum hieß.

h) Möglich auch, daß der Name später entstanden ist, als dieser zweite Theil durch die tres partes „verstärkt" worden war. Wenn man erwägt, daß das Infortiatum vor den Glossatoren wenig gebraucht worden ist, möchte man an die Bedeutung: excommunicirt denken, in welcher das Wort ebenfalls vorkommt.

i) Hugo hat seine Ansicht von der absichtlichen Entstehung unter andern auch auf die Zahlenverhältnisse gebaut, indem wenn der Eintheiler bloß auf die Zahl der Bücher und zum Theil der Titel sah, jene Eintheilung eine ziemlich regelmäßige war. Man kann das dahin gestellt sein lassen; jedenfalls aber ist die Meinung Hugo's, daß Irnerius der Urheber der Eintheilung war, entschieden zu verwerfen. Vgl. Erlanger Jahrbücher a. a. O. [Scheurl in der Zeitschr. für R. G. XII S. 143 ff.]

k) Auch die glossirten Ausgaben: Lyon 1589, Genf 1589. 1600, Lyon 1604. 1612, Genf 1615, Lyon 1618, Genf 1619. 1625, Lyon 1627 sind gothofredische.

l) Bei der Wahl einer solchen gothofredischen Ausgabe hat man nicht durch gewisse, von den Händlern benutzte Vorurtheile (z. B. für die „mit geschlungenen Händen" Frankfurt 1663. 1688.

Auch ohne Noten ist die gothofrediſche Ausgabe oft gedruckt worden, darunter ſind als bequeme Handausgaben zu bemerken die Elzevir'ſchen, beſonders die am ſchönſten gedruckte 1663 und 1664. 8 (»pars secundus« wegen dieſes wahrſcheinlich abſichtlichen Druckfehlers genannt).

Unter den unglossirten nichtgothofrediſchen Ausgaben ſind hervorzuheben die ſchon bei den einzelnen Stücken der juſtinianiſchen Geſetzgebung erwähnten haloandriſchen, zuerſt einzeln in verſchiedenem Format erſchienen, dann zuſammengedruckt Baſel 1541 fol. und 1570 fol. Ferner die von L. Ruſſardus, zuerſt Lyon 1560—61 fol., die ebenfalls oben erwähnte von Contius, Lyon 1571. 8., ebenſo die göttinger Ausgabe von Gebauer, nach deſſen Tod von Spangenberg beſorgt (1 Band 1776, 2 Bd. 1797. 4), von der man ſich ſehr viel verſprochen hatte, die aber nur durch den florentiniſchen Text in den Pandekten aus den brencmanniſchen Papieren einen Werth hat. Die beſte und brauchbarſte von allen jetzt vorhandenen Ausgaben iſt die 1833—1843 zu Leipzig erſchienene (ſ. g. kriegel'ſche), in welcher die Gebrüder Kriegel Inſtitutionen und Pandekten, Em. Herrmann den Codex (§ 146 a. E.), Oſenbrüggen die Novellen bearbeitet haben.[m])

---

oder die leipziger von 1740), ſondern lediglich durch das Aeußere ſich beſtimmen zu laſſen, durch welches (aber auch nur dadurch) die eben erwähnte leipziger allerdings ſich beſonders empfiehlt.

m) [Eine neue von der Weidmannſchen Buchhandlung in Berlin unternommene Handausgabe lehnt ſich an die oben erwähnten kritiſchen Ausgaben der einzelnen Theile des Corpus Iuris an. Erſchienen iſt Vol. I (Institutiones rec. P. Krueger. Digesta rec. Th. Mommsen) 1872, 2 Aufl. 1877. Vol. II (Codex rec. P. Krüger) 1877, 2 Aufl. 1880. Vol. III (Novellae rec. R. Schoell. Fasc. 1. 1880.)]

Drittes Buch.

Geschichte des römischen Civilprocesses.

Einleitung.

CXLIX. In dem zweiten Buch ist die geschichtliche Entwickelung des römischen Rechts in seiner Gesammtheit dargestellt worden. Ein besonderer Theil dieses Rechts, das Privatrecht, wird der Gegenstand des vierten Buchs sein; es ist der Rechtstheil, durch den das römische Volk auf das Recht aller kommenden Zeiten gewirkt hat. Zu ihm soll uns ein Zweig des öffentlichen Rechts, welcher im engsten Zusammenhang mit ihm steht, die Ordnung des Civilprocesses, den Uebergang bereiten. In der Innigkeit dieses Zusammenhangs liegt der innere Grund, warum der Civilproceß nicht mit den übrigen öffentlichen Zuständen und ihren Beziehungen auf das Privatrecht im vorigen Buch abgehandelt worden ist, sondern diese besondere Stelle erhält.

Das Proceßrecht (§ 25 S. 39 ff.) hat einen doppelten Inhalt: 1) die Bestimmung der bei dem gerichtlichen Verfahren thätigen Personen und ihrer Verhältnisse als solcher: die Gerichtsverfassung; 2) die Bestimmung des Verfahrens selbst.

Der Zweck dieses Verfahrens ist, das Recht zu schützen, das Unrecht aufzuheben. Das Unrecht aber, welches die Veranlassung eines Civilverfahrens wird, ist eine Verletzung von Rechten, die bestritten werden können, der Civilproceß selbst hat die Gestalt eines Streits um Rechte, herbeigeführt durch eine behauptete Verletzung derselben; das letzte Ziel ist die Entfernung der factischen Zustände, die dem Recht nicht entsprechen, die Herstellung derer, die mit ihm in Einklang sind. Diesem letzten Act aber muß die Festsetzung dessen, was dem Recht in diesem Falle gemäß ist, vorhergehen. Daraus ergeben sich die zwei Hauptbestandtheile des gerichtlichen Civilverfahrens: 1) die Entscheidung des Rechtsstreits durch das richterliche Urtheil, die Festsetzung und Anerkennung der bestrittenen Ansprüche; 2) die Execution oder Vollstreckung dieser Entscheidung, also die wirkliche Aufhebung des Unrechts, der Trennung von Factum und Recht.

Die Entscheidung aber beruht auf einer Anwendung der Rechtsvorschriften auf den vorliegenden Fall. Sie setzt eine Untersuchung voraus, bei der es auf zwei Punkte ankommt: das Recht und die Thatsachen, aus denen der Fall besteht. Die Kenntniß beider muß der Entscheidende besitzen. Die Erkenntniß des Rechts ist von der Ordnung des Verfahrens unabhängig, auf die der Thatsachen aber bezieht sich der Theil des Verfahrens, welcher das Beweisverfahren heißt.

Vor der Untersuchung selbst ist ihr Gegenstand festzustellen, es ist zu er-

mitteln, welche Ansprüche die Parteien gegen einander erheben und bestreiten, und der richterlichen Untersuchung und Entscheidung unterstellen. Dieß ist die Aufgabe von Verhandlungen, mit denen der Proceß sich eröffnet, und die darum das erste Verfahren genannt werden.

Mit diesen Momenten: Gerichtsverfassung und Verfahren in seinen vier Perioden, erstes Verfahren, Beweisverfahren, Urtheil, Execution — ist die Uebersicht über das gegeben, wovon im Folgenden gehandelt werden soll.

Gleich hier nenne ich zwei Werke, welche für diese Lehre theils im allgemeinen, theils in einzelnen Punkten zu benutzen sind. Das eine und das wichtigste, von Bethmann-Hollweg, macht für die Darstellung des Processes der späteren Zeit Epoche; man darf sagen, daß eine in sich zusammenhängende und lebendige Kenntniß desselben erst durch dieses Werk vermittelt worden ist, aber auch für das ältere Verfahren gewährt es vielfach neue Aufschlüsse.[a] Das andere ist zwar weder in der Behandlung noch in den Resultaten mit jenem zu vergleichen, aber es ist eine Materialiensammlung, welcher der ausdauernde Fleiß des begabten Verfassers einen nicht geringen Werth verleiht.[b]

---

a) Bethmann-Hollweg Handbuch des Civilprocesses I Band 1834 (zugleich unter dem Titel: Gerichtsverfassung und Proceß des sinkenden römischen Reichs, ein Beitrag zur Geschichte des R. R. bis auf Justinian). Das Buch ist zugleich durch das in der Darstellung beobachtete Maß und das stete Festhalten des vorgesetzten Ziels ein Muster wissenschaftlicher Behandlung des von dem Verfasser in bedeutendem Umfang gewonnenen Stoffs.

b) Zimmern Geschichte des röm. Privatrechts bis auf Justinian III Band 1839 (der röm. Civilproceß in gesch. Entwickelung bis auf Justinian). [Von den neueren Darstellungen des römischen Civilprocesses sind die bedeutendsten: Keller der römische Civilproceß und die Actionen in summarischer Darstellung 1852 (5. Aufl. 1877) und Bethmann-Hollweg der Civilproceß des gemeinen Rechts in geschichtlicher Entwicklung. Bd. I—III 1864—1866, letzteres zugleich als Umarbeitung des in Note a genannten Werks. Vgl. auch Rudorff röm. Rechtsgeschichte II (1859) § 1—97.]

Erstes Kapitel.

Geschichte des Civilprocesses in den drei ersten Perioden.

Grundlagen des römischen Gerichtswesens.

CL. Die Rechtspflege war bei den Römern nicht gewissen Behörden als ausschließliche Funktion übertragen. Es gab Magistrate, deren vornehmster Beruf sie war, aber keinen, der bloß diesen Beruf gehabt hätte. Bei den Magistraten mit Jurisdiction war diese also nur ein Theil ihrer gesammten obrigkeitlichen Gewalt. So hatte der König die Rechtspflege gehabt, aber mit der gesammten übrigen Regierung, dieselbe Stellung hatten die Consuln, und als endlich besondere Prätoren für die Jurisdiction gewählt wurden, so hatten diese doch auch andere Verwaltungsgeschäfte, ja wenn die Consuln entfernt waren, die ganze innere Administration. Die Jurisdiction wurde nicht als ein abgesonderter, von den sonstigen öffentlichen Geschäften entfernt zu haltender Beruf gedacht.

Diese Einrichtung hätte in zwei Rücksichten ein Uebelstand sein können.

Einmal war die Ausübung der Jurisdiction für einen Magistrat, der überdieß mit andern Staatsgeschäften belastet war, unausführbar, wenn er alle richterlichen Functionen hätte versehen sollen. Für alle römischen Bürger bestand anfangs Ein Magistrat, vor dem ihre Rechtsstreitigkeiten anzubringen waren; uns scheint es ein natürlicher Ausweg, den Staat in mehrere Districte einzutheilen, jeden mit seinem besonderen Gerichtsvorstand, oder dem obersten Magistrat subordinirte Behörden beizugeben, durch die er die Jurisdiction geübt hätte, beides aber war der alten Verfassung fremd. Als später mit der Ausdehnung des Reichs besondere Magistrate in den italischen Städten und in den Provinzen entstanden, war doch der Jurisdictionskreis des römischen Prätors und eines großen Theils jener andern Behörden so beträchtlich, daß sie unmöglich alle Processe, die vor sie gebracht wurden, selbst hätten untersuchen und entscheiden können.

Noch wichtiger aber war die Gefahr für die gerechte Verwaltung der Justiz, wenn sie unbedingt in die Hände eines solchen Magistrats gelegt worden wäre. Ueberall wo der Richter mit andern Functionen als den richterlichen versehen ist, wird zu besorgen sein, daß er das selbständigere eigenmächtigere Verfahren, das in Administrativsachen unvermeidlich ist, auch bei Rechtssachen

anwende. Dieses Bedenken war nirgends wichtiger als bei den römischen Magistraten, die eine so hohe Stellung, eine so bedeutende Gewalt hatten, daß jeder in seiner Sphäre wie ein Monarch erschien. Ungeachtet der Beschränkungen, die in der eigenthümlichen Gestaltung ihrer amtlichen Macht lagen (§ 79), mußte es als ein dringendes Bedürfniß erscheinen, ihnen nicht das ganze Geschäft des Rechtsprechens zu überlassen.

Wir finden nun, daß beiden Uebelständen auf die einfachste Art durch ein und dasselbe Mittel abgeholfen wurde. Dieses Mittel ist zugleich das Fundament des alten Processes.

Den Magistraten kam nicht die Untersuchung des Falls und Entscheidung des Rechtsstreits selbst zu. Ihre Thätigkeit war vielmehr nur eine vorbereitende, sie hatte die Feststellung der streitigen Punkte, dessen was der Kläger forderte und der Beklagte bestritt oder verweigerte, die processualische Gestaltung der beiderseitigen Anträge, und unter Umständen die Bestellung des Gerichts zum Zweck. Mit dieser Vorbereitung hörte die Thätigkeit des Magistrats auf, die Untersuchung und Entscheidung durch Sentenz, also die wesentlichsten richterlichen Functionen, waren die Sache des Judex, des eigentlichen Richters (eines oder mehrerer), sei es daß er von dem Magistrat bestellt wurde, oder die Sache an ein ständiges Gericht kam. Dadurch war erstens der Ueberbürdung der Magistrate vorgebeugt, da gerade die zeitraubenden richterlichen Geschäfte sie nicht trafen, zweitens dem Gewaltmißbrauch, da die wesentlichen Functionen in andere Hände gegeben waren.

In dieser Theilung der richterlichen Functionen zwischen magistratus und iudex besteht der ordo iudiciorum privatorum, die regelmäßige Ordnung des Verfahrens, die ihrer Grundlage nach ohne Zweifel schon in ältester Zeit bestanden hat, in der Folge durch freie Berufung von Richtern neben ständigen Gerichten vervollkommnet wurde, und bis an das Ende der dritten Periode fortdauerte.[a]) Dieses ordentliche Verfahren zerfällt in zwei Theile: 1) das Verfahren in iure, vor dem Magistrat, wodurch das Proceßverhältniß zwischen den Parteien begründet wird, und seine Form erhält, 2) das Verfahren in iudicio, vor dem Richter, worin alles andere, was zur Erledigung des Rechtsstreits gehört, geschieht, und das sich mit der richterlichen Entscheidung, der sententia iudicis, schließt.[b])

---

a) Daß diese Ordnung erst von Servius, dem angenommenen Vater aller der Freiheit günstigen Einrichtungen, eingeführt worden sei, ist aus Dionys. IV 25 nicht zu entnehmen (vgl. § 49), der überdieß ähnlich wie von der Jurisdiction der früheren Könige, auch von derjenigen der Consuln spricht (X 1). Eben so verliert die Darstellung der königlichen Gewalt als einer unbeschränkten bei Tac. ann. III 25 Vellei. II 6 ihre Wirkung für die vorliegende Frage durch die gleiche der consularischen Liv. III 9. Endlich steht auch Cicero's Schilderung de republ. V 2 der Annahme zwar von richterlichen Privatpersonen, nicht aber überhaupt von Richtern gegenüber dem König als ius dicens entgegen.

b) [Das Princip der Theilung ist nicht wie im germanischen Processe die verschiedene richterliche Thätigkeit des Gerichtshaltens und Urtheilfindens, sondern die Verschiedenheit der Verhandlungsstoffe. Die processualischen Streitpunkte, welche die Voraussetzungen des Rechtsstreits betreffen, entscheidet der Magistrat in iure; das materielle Streitverhältniß gehört in das iudicium es giebt also regelmäßig keine Proceßeinreden, welche wahre Exceptionen wären, in die Formel aufgenommen und vom iudex untersucht und entschieden würden. Das Verfahren in iure entspricht demnach ungefähr und vorbehältlich seines positiv römischen Charakters (§ 185 a) den praeparatoria iudicii im romanischen und der Pflicht zur Antwort im germanischen Processe. Vgl. Oskar Bülow die Lehre von den Proceßeinreden und Proceßvoraussetzungen (1868) und dazu Planck in Bekker's und Pözl's Krit. V. J. Schrift XI (1869) S. 166, 174. Gleichwohl war es dem Magistrat unbenommen weitläufige processualische Streitpunkte in Form einer praescriptio und selbst einer exceptio mit consumirender Wirkung ins Judicium zu weisen und andererseits sie

Neben diesem entstand ein Verfahren extra ordinem, extraordinaria cognitio. In gewissen Fällen lag dem Magistrat eine Untersuchung ob, eine cognitio, und eine Entscheidung durch decretum, so daß die Sache, ohne an einen Judex zu kommen, erledigt ward. Nicht immer war es bei diesem Verfahren auf die gänzliche Entscheidung eines Rechtsstreits, also auf eine definitive Herausnahme einer Rechtssache aus dem ordo iudiciorum privatorum abgesehen, oft waren es nur provisorische und die weitere Verhandlung auf dem ordentlichen Weg vorbereitende oder wenigstens zulassende Punkte, die dadurch erledigt wurden. Wir dürfen annehmen, daß das außerordentliche Verfahren in der zweiten Periode nur sehr beschränkt und allein da zugelassen war, wo das Eingreifen der mehr discretionären Gewalt des Magistrats als wirkliches Bedürfniß und als unbedenklich erschien. In der dritten Periode wurden die Fälle, wo es eintrat, sehr vermehrt; dieß hängt mit dem allmählichen Verschwinden der Garantien für die bürgerliche Freiheit zusammen, die sich noch am längsten im Privatrecht erhalten hat, so daß in der dritten Periode der ordo iudiciorum privatorum doch immer die wenn auch schon mehrfach durchbrochene Regel blieb. Wir werden sehen, daß in der vierten Periode die extraordinaria cognitio das alte ordentliche Verfahren ganz verdrängt hat.[c])

Gerichtsverfassung:

A. Der Magistrate.

CLI. Magistrate mit Jurisdiction waren in Rom anfangs die Könige (§ 41), dann die Consuln, eine Zeitlang vielleicht die Censoren (§ 56), hierauf der Prätor urbanus (§ 56), neben diesem später der Prätor Peregrinus (§ 83), und die curulischen Aedilen (§ 57), in der dritten Periode auch Prätoren für besondere Rechtssachen (§ 88), und vor allem der Princeps selbst, und die neuen Magistrate, die er mit seiner Gerichtsbarkeit beauftragte (§ 88. 111);

selbst noch nach constituirtem Judicium durch Translation selbst zu erledigen (Cic. de inv. II 58). Man darf daher nicht mit Bülow schließen, daß die exceptiones cognitoriae, rei residuae, litis dividuae, ne praeiudicium fiat und die praescriptio fori keine processualische, sondern sachliche Einreden seien. R.]

c) [Die entgegengesetzte Auffassung vertritt Wieding Libellproceß S. 112 f. 687. (Vgl. S. 91, 105, 113, 150, 185, 259, 269, 413, 439.) Nach ihm war der Justinianische Proceß das alte Ordinarverfahren, nur von den Eigenthümlichkeiten entkleidet, welche sich als Consequenzen der iudicis datio, der Formeln und der impretatio actionis darstellten. Nach dieser Auffassung blieb die alte Theilung zwischen Jus und Judicium bestehen, die Litiscontestation erlitt keine Umwandlung, sie wurde nur vom Ende des ius auf den Anfang des iudicii verlegt und der Calumnieneid der Parteien und Advocaten eingeschoben; dagegen mit der Ediction und Postulation der Klage, mit der Opposition der Einreden, Repliken, Dupliken, der Legitimation der Parteien, der Competenz und Fähigkeit des Richters, der Connexitätsverhältnisse ging keinerlei Veränderung vor. Die Umwandlung der iudicia ordinaria in extraordinaria erfolgte nicht plötzlich unter Diocletian, sondern erst durch allmähliche Reformen, deren schließliches Resultat das Justinianische Recht enthält — z. B. die Abschaffung der Formeln erst unter Constantin's Söhnen, der Erbittung der Rechtsverfolgung (impetratio actionis) sogar erst 428 unter Theodosius II und Valentinian III. — Diese Darstellung vertritt den Einheitsgedanken des Processes, während nach der herrschenden, namentlich bei Bethmann-Hollweg und dem Verfasser, umgekehrt die Verschiedenheit der historischen Culturstufen in den Vordergrund tritt. Insofern würden also beide Darstellungen einander ergänzen. Indessen scheint Wieding's Werk zu wenig Gewicht auf zwei Thatsachen zu legen, 1) daß mit den alten iudiciis ordinariis im Sinn des Theophilus zugleich das alte Civilverfahren in den Conventen wegfiel und nur die in den extraordinariis iudiciis der Präsides üblichen Cognitionen übrig blieben, 2) daß in der Justinianischen Compilation des alten Rechts viele Rechtssätze erneuert sind, welche in der Rechtsanwendung längst beseitigt waren. Richtiger hat daher Bethmann-Hollweg das Justinianische Proceßrecht überall getrennt dargestellt. R.]

in den italischen Städten die Duumvirn und die Präfecten (§ 65. 91. 92. 94), über diesen in der dritten Periode die Consulares und Juridici (§ 92); in den Provinzen die Regenten derselben nebst den Provinzialquästoren (§ 67. 68. 93) und Procuratoren (§ 93).

Der gesammte Umfang eines mit der Civilrechtspflege versehenen Magistratus heißt officium ius dicentis.[a]) Auch der Ausdruck iurisdictio wird in einem allgemeinen Sinn dafür gebraucht, aber selbst in diesem weiten Sinn geht das Wort nicht über die Civilrechtspflege hinaus; erst später kommt iurisdictio in der noch weiteren Bedeutung, worin es auch die Criminaljurisdiction umfaßt, technisch vor.[b]) Das officium ius dicentis enthält folgende Bestandtheile:

1) Iurisdictio im engern Sinn, die Befugniß zu dem eigentlichen ius dicere, d. h. zu dem, was der Magistrat im ordentlichen Verfahren zu thun hatte. Das Verfahren in iure bestand nach dem ältesten Recht in gewissen solennen Worten und Handlungen, die theils von dem Magistrat, theils von den Parteien auszusprechen und vorzunehmen waren (§ 161). Diese Thätigkeit heißt von Seiten der Parteien lege agere, von Seiten des Magistrats ius dicere. Man faßte früher die Sprüche des Magistrats unter drei Classen, die durch die Worte: do, dico, addico bezeichnet werden.[c]) In dem durch die Lex Aebutia eingeführten Verfahren (§ 163) geschah das ius dicere durch einen von dem Magistrat abgefaßten Schriftsatz (formula): ius dicebatur conceptis verbis. Jenes ältere ius dicere konnte auch ohne daß es sich auf einen Rechtsstreit bezog, es konnte bei einem Rechtsgeschäft vorkommen, welches vor dem Magistrat in der Form der Legis Actio errichtet wurde, so bei der Uebertragung eines Rechts durch in iure cessio, bei der Manumission; hier wird die Thätigkeit des Magistrats durch den übereinstimmenden Willen der Parteien bestimmt, die iurisdictio heißt daher voluntaria.[d]) Wir sprechen aber hier zunächst von dem ius dicere, welches die Entscheidung eines Rechtsstreits zum Ziel hat, von der contentiosa iurisdictio, und in dieser liegt auch die Bestellung des Richters, iudicis datio, wo die Sache nicht der Cognition eines ständigen Gerichts anheimfällt.[e])

Diese Jurisdictio im eigentlichen Sinn ist das wesentliche Stück des offi-

---

a) Ulpian. L. 1 D. de iurisd. (2, 1): Ius dicentis officium latissimum est, nam et bonorum possessionem dare potest, et in possessionem mittere, pupillis non habentibus tutores constituere, iudices litigantibus dare.

b) Man hat diese weiteste Bedeutung bei Papinian L. 1 pr. D. de off. eius cui mand. (1, 21) finden wollen, aber dieser Jurist sagt nur, die Magistrate irrten, welche, indem sie ihre Jurisdiction mandiren (oder weil die Jurisdictio mandirt werden könne), damit auch die ihnen übertragene Criminalgewalt mandiren zu können glauben; er gebraucht also das Wort vielmehr in dem noch damals allein technischen Sinn. [Vgl. Keller Civilproceß N. 31.]

c) Varro de L. L. VI 30 (Müll.): — nefasti, per quos dies nefas fari praetorem: do, dico, addico, itaque non potest agi, necesse enim aliquo eorum uti verbo, cum lege quid peragitur. Ovid. fast. I 47. 48: ille nefastus (dies) erit, per quem tria verba silentur, Fastus erit, per quem lege licebit agi. Macrob. Saturn. I 16: fasti sunt, quibus licet fari praetori tria verba solemnia: do, dico, addico.

d) L. 2 D. de off. procons. (1, 16). Auch hier ist iurisdictio die Thätigkeit des Magistrats, legis actio die der Parteien; von den Ausdrücken magistratus, apud quem legis actio est (L. 3 eod. L. 4 D. de adopt. 1, 7) und habet legis actionem (Paul. II 25, 4) ist der erste eine unmittelbare Anwendung jenes richtigen Sprachgebrauchs, der zweite ein mittelbar darauf zurückzuführender Abusus.

e) Iurisdictio est etiam iudicis dandi licentia L. 3 D. de iurisd. (2, 1). [Erst ein unzweideutiges Commissorium des Princeps verpflichtet den Magistrat zur Selbstuntersuchung L. 8. 9 D. de off. praesidis 1, 18 vgl. § 178 c. R.]

cium ius dicentis, alle Magistrate mit Rechtspflege haben sie. Nur in Beziehung auf die legis actio ist späterhin eine Ausnahme gemacht worden, indem vielen Magistraten diese Proceßform sowohl in ihrer Anwendung auf Rechtsgeschäfte, als auf Rechtsstreitigkeiten entzogen wurde (§ 92).

2) Imperium (vgl. § 79). Die römischen Juristen theilen das Imperium in merum und mixtum.[f] Merum heißt das Imperium, welches in keinem Zusammenhang mit der Jurisdictio steht, und das sich daher auf das officium ius dicentis nicht bezieht, wie die Criminalgerichtsbarkeit, wenn sie einem Magistrat zusteht,[g] mixtum, welches sich auf die Zwecke der Civilrechtspflege bezieht, also bei den Magistraten, die es besitzen, mit der Jurisdictio zusammenhängt.[h] Insofern imperium die Gewalt eines höheren Magistrats überhaupt bezeichnet, kann die Jurisdictio auch ein Bestandtheil dieses Imperiums genannt werden.[i] In dem officium ius dicentis liegen nun Functionen, welche nicht unter die Jurisdictio im eigentlichen Sinn fallen, und die doch iure magistratus, nicht vermöge besonderer Verleihung (s. nachher unter 3) zustehen. Von diesen sagen die römischen Juristen: imperii magis sunt, quam iurisdictionis. Die einzelnen Verfügungen, die als Beispiele davon in den Quellen vorkommen (Aufstellung einer prätorischen Caution, missio in possessionem, in integrum restitutio), sind nicht willkürlich dahingestellt, es liegt ihnen eine Regel zu Grunde, welche sich in ihrem Gegensatz zur eigentlichen Jurisdictio ausspricht, und als gemeinsames Merkmal aller einzelnen dahin gerechneten Fälle erscheint. Das Imperium nämlich, welches der eigentlichen Jurisdictio gegenübersteht, enthält die Befugniß zu dem Verfahren extra ordinem durch magistratische Cognition und Decretum, dieses Verfahren ist es, welches den zweiten Bestandtheil des officium ius dicentis bildet, und von dem die angeführten Verfügungen nur einzelne Beispiele sind.

Diese Functionen des Imperiums sind kein wesentlicher Bestandtheil des officium ius dicentis: es giebt Magistrate (die magistratus minores), denen das Imperium, und damit also die Befugniß zu der extraordinaria cognitio fehlt, wenn sie dieselbe nicht in gewissen Fällen durch ein Ausnahmegesetz oder durch Auftrag eines höheren Magistrats erhalten haben, so die römischen Aedilen und die Municipalmagistrate (§ 92).

3) Es können in dem officium ius dicentis Funktionen enthalten sein, quae neque iurisdictionis neque imperii sunt. Dieß sind solche, die an sich gar nicht in der magistratischen Gewalt liegen (non iure magistratus competunt), sondern dem Magistrat durch ein besonderes Gesetz zugetheilt sind (specialiter lege vel senatusconsulto vel constitutione principum tribuuntur). Dahin gehört die Bestellung eines Tutors,[k] die Gestattung eines Alimentenvergleichs,[l] die Erlaubniß zur Veräußerung von Grundstücken durch die Vor-

---

f) Ulpian. L. 3. 4 D. de iurisd. (2, 1). Diese Stellen sind, wie wir sie in der justinianischen Compilation lesen, vielfach interpolirt, indessen läßt sich doch aus ihnen und andern, worin diese Begriffe vorausgesetzt werden, das im Text Folgende mit Sicherheit entnehmen. [Vgl. Puchta kleine civil. Schriften 1851 S. 521 ff.]

g) L. 3 cit.: — merum est imperium, habere gladii potestatem ad animadvertendum in facinorosos homines, quod etiam potestas appellatur.

h) Imperium quod iurisdictioni cohaeret L. 1 D. de off. eius cui mand. (1, 21).

i) L. 3 cit.: — mixtum est imperium, cui etiam iurisdictio inest.

k) L. 6 § 2 D. de tutel. (26, 1): tutoris datio neque imperii est neque iurisdictionis, sed ei soli competit, cui nominatim hoc dedit vel lex vel senatusconsultum vel princeps. Vgl. auch L. 1 pr. D. de off. eius cui mand. (1, 21).

l) L. 8 pr. § 18 D. de transact. (2, 15).

münder.[m]) Bei diesen ist es nicht bloß nicht wesentlich, sondern rein zufällig, daß sie einen Bestandtheil des officium ius dicentis ausmachen.

Die Unterscheidung dieser drei verschiedenen Bestandtheile hat ein doppeltes Interesse, einmal dadurch, daß die Jurisdictionsbefugniß eines Magistrats beschränkt sein kann, sodann in Beziehung auf die Möglichkeit einer Delegation.

Beschränkt kann die Jurisdiction sein 1) auf gewisse Gattungen von Rechtssachen, eine solche war die der Aedilen über den Markthandel, ferner die der praetores fideicommissarii, liberalium causarum u. s. f. (§ 88); 2) auf eine gewisse Summe, welche den Werth des Streitgegenstandes nicht überschreiten darf, dieß kommt bei den Municipalmagistraten vor (§ 90. 92); 3) auf die eigentliche Jurisdictio, so daß die aus dem Imperium fließenden Functionen wegfallen. Dieses nun ist die Beschränkung, für welche jene Classification wichtig ist.

Der Magistrat sodann, welcher Jurisdiction kraft seines Amtes hat, kann diese im Ganzen oder theilweise einem Andern auftragen, mandare iurisdictionem.[n]) Der Auftrag kann einer Privatperson geschehen, ebenso einem Magistrat, dessen sonstige Eigenschaft als solcher dabei gar nicht zur Sprache kommt, da er bei der Vertretung des Auftragenden durchaus so beurtheilt wird, wie wenn er als Privatus, also ohne eine eigene Gewalt zu besitzen, den Auftrag erhalten hätte.[o]) Regelmäßig kam dieses Mandatum vor bei den Provincialregenten, welche ohne diese Möglichkeit ihrem mannigfaltigen Beruf nicht hätten genügen können (§ 93), und bei dem Prätor hinsichtlich gewisser Ausflüsse des Imperiums an die Municipalmagistrate zur Erleichterung der Parteien.[p]) Das Mandat verliert, wie ein anderes, seine Wirksamkeit durch Widerruf und Tod des Auftragenden;[q]) der Beauftragte kann nicht weiter mandiren.[r]) In der dritten Periode wurde, indem unter dem Principat die selbständige Amtsgewalt der Magistrate sich minderte, die Ausübung der Befugniß zu mandiren, schon mehrfach beschränkt.[s]) Für die Möglichkeit des Mandats in Beziehung auf seinen Gegenstand ist wiederum die obige Classification von Bedeutung. Mandirt kann werden, was iure magistratus zusteht, also die eigentliche Jurisdictio und das Imperium mixtum, nicht dagegen die Functionen, welche weder zu der einen, noch zu dem andern gehören, also namentlich auch nicht das Imperium merum.[t]) Daß dem Legaten des Pro-

---

m) L. 2 D. de off. eius cui mand. (1, 21).

n) Dig. I 21: de officio eius cui mandata est iurisdictio. L. 17 D. de iurisd. 2, 1. Damit darf die Bestellung eines Judex nicht verwechselt werden, der Judex hat überall keine Jurisdictio, weder propria noch mandata, das officium iudicis ist eine von jener total verschiedene Richtergewalt. Bethmann-Hollweg Handb. I S. 47 f. [Civilproceß II S. 103 f.]

o) L. 3 D. de off. eius cui mand.: non tamen pro suo imperio agit, sed pro eo, cuius mandatu ius dicit, quotiens partibus eius fungitur. Die Wirksamkeit des Auftrags hängt auch in Anfang und Ende von der Amtsgewalt des Auftragenden ab L. 4 § 6 D. de off. procons. (1, 16).

p) L. 1 D. de damno inf. (39, 2): cum res damni infecti celeritatem desiderat, et periculosa dilatio praetori videtur, si ex hac causa sibi iurisdictionem reservaret. magistratibus municipalibus delegandum hoc recte putavit. Diese Bemerkung bezieht sich darauf, daß dieses Auftrags in dem prätorischen Edict selbst (wenigstens seit Hadrian) gedacht war L. 4 § 3. 7—10 L. 7 pr. D. eod.

q) L. 6 D. de iurisd. (2, 1) L. 6 § 1 D. de off. procons. (1, 16).

r) L. 5 pr. D. de off. eius cui mand. (1, 21) L. 5 D. de iurisd. (2, 1).

s) Vgl. § 93 Note o.

t) L. 1. 5 § 1 D. de off. eius cui mand. (1, 21) L. 6 pr. 11 D. de off. procons. (1, 16) und die Stellen in Note l. m.

consuls, der nur eine mandata iurisdictio hat, dennoch die tutoris datio (Note k) durch eine Constitution des Marcus gegeben ist,[u]) darf nicht irre machen; man hatte angefangen, die Legati als eine Art von Magistraten unter dem Proconsul zu betrachten,[v]) so daß gegen die Regel bei der mandata iurisdictio eine Appellation von dem Legaten an den Proconsul zugelassen wurde.[w])

CLII. Wenn eine Behörde Gerichtsbarkeit hat, d. h. die Befugniß zur Rechtspflege überhaupt und für die Gattung von Rechtssachen insonderheit (sowohl in Hinsicht auf das Rechtsverhältniß selbst, als auf die Personen, unter denen es besteht), unter die der vorliegende Fall gehört, so ist damit ihr Beruf, in diesem individuellen Fall ihre Jurisdiction auszuüben, noch keineswegs entschieden. Dieser Beruf zur Ausübung der zuständigen Gerichtsbarkeit (die also stets vorausgesetzt wird) in einem individuellen Fall heißt Competenz.[a]) Ist einer Behörde die Rechtspflege in Rechtssachen gewisser Art entzogen, so kann ihre Ausschließung von ihnen Entziehung der Gerichtsbarkeit oder der Competenz sein. Diese Unterscheidung ist von Wichtigkeit, weil der Mangel der Competenz durch Zustimmung der Parteien gehoben werden kann, nicht der Mangel der Gerichtsbarkeit.[b]) So war die Beschränkung der Municipalmagistrate auf eine gewisse Summe eine bloße Entziehung der Competenz,[c]) nicht so die auf dem Mangel des Imperiums beruhende Unfähigkeit zur extraordinaria cognitio, die Möglichkeit dieses Verfahrens kann ihnen daher nicht durch den Willen der Parteien, sondern nur durch ein Mandat des höheren Magistrats gegeben werden. Der Procurator Cäsaris hatte nur für fiscalische Sachen eine Rechtspflege, aber auch diese Bestimmung bezog sich nur auf die Competenz.[d]) Dasselbe Verhältniß bestand zwischen den verschiedenen Prätoren, welchen verschiedene Zweige der Justiz zugewiesen waren, dem urbanus, peregrinus u. s. f.

Mit der Ausdehnung des römischen Reichs kam es dahin, daß mehrere Behörden neben einander für dieselben Rechtssachen bestanden, neben den römischen Prätoren die Municipalmagistrate, und die Vorsteher der Provinzen. Die letzteren beiden hatten von Anfang eine auf einen District beschränkte Jurisdiction, der Gerichtsbezirk jener war das Gebiet der Stadt, dieser das Territorium der Provinz. Die römischen Prätoren waren Behörden für den ganzen Staat, so lange die Stadt Rom diesen darstellte; in der dritten Periode begann sie von dieser Stellung zu der eines besonderen Bestandtheils des Staats herabzusteigen, hier erschien nun die Jurisdiction der Prätoren ebenfalls als eine auf einen District beschränkte, auf die Stadt und das ihr zugetheilte Gebiet, urbica dioecesis;[e]) doch blieb daneben noch immer der Grundsatz in Wirksamkeit, daß sie für alle römischen Bürger bestehe. Die Competenz

---

u) L. 1 § 1 D. de tut. et cur. dat. (26, 5) L. 15 D. de off. procons. (1, 16).

v) Daraus erklärt sich, daß Pomponius es nöthig findet, nachdrücklich hervorzuheben, sie hätten in Wahrheit nihil proprium, ihre Jurisdictio setze ein Mandatum des Proconsuls voraus L. 13 D. de off. procons. (1, 16).

w) L. 1 § 1 L. 2 D. quis a quo app. (49, 3).

a) Vgl. zu dem Folgenden Bethmann-Hollweg Versuche über einzelne Theile der Theorie des Civilprocesses (1827). Erste Abhandl. [Civilproceß II § 72 ff. III § 146.]

b) L. 1. 2 pr. § 1 D. de iudiciis et ubi quisque agere vel conveniri debeat (5, 1) L. 15 D. de iurisd. (2, 1) L. 3 C. de iurisd. omn. iudicum et de foro competenti (3,13).

c) L. 28 D. ad munic. (50, 1).

d) L. 1 C. de iurisdict. (3, 13).

e) Vat. fragm. 205. 232.

wird nun dadurch begründet, daß die Person, deren Rechtsverhältnisse durch die gerichtliche Entscheidung zu bestimmen sind, der Jurisdiction der Behörde unterworfen, mit andern Worten: daß diese Gerichtsbehörde das forum dieser Person ist, diese Unterwerfung aber ist die Folge eines Verhältnisses der Person zu dem District, über welchen sich die Jurisdiction erstreckt. Das allgemeinste Verhältniß, welches diese Folge hat, ist das Domicilium, wodurch jemand incola des Districts wird. Der Grundsatz, daß das Domicilium (der örtliche Mittelpunkt der juristischen Wirksamkeit einer Person) der Jurisdiction unterwirft, das Forum begründet, findet für alle jene Bezirksjurisdictionen, für Rom, die Städte und die Provinzen Anwendung. Neben dem Domicilium giebt es noch eine zweite Beziehung zu dem Bezirk, welche aber voraussetzt, daß dem Territorium eine Personenverbindung, eine Corporation, entspricht, die darauf ruht. Es ist die Eigenschaft eines Mitglieds dieser Genossenschaft, eines civis, welche der Jurisdiction unterwirft. Dieser Grund der Competenz fällt weg bei der Jurisdiction der Provincialregenten, weil die Provinzen nicht Corporationen sind, es also keine „Bürger der Provinz" giebt,[f] er tritt neben dem Domicilium ein für die Municipien und für Rom.[g] Daran, daß alle cives romani als Bürger von Rom gelten (Roma communis patria), knüpft sich jene allgemeinere Jurisdiction der römischen Prätoren, die sich über ihren unmittelbaren District hinaus erstreckt. Civis aber eines Municipiums (wie von Rom) ist jemand durch seine Abstammung, und was dieser gleichgestellt ist,[h] daher wird die origo als Grund dieses Forums genannt.

Die Parteien, zwischen denen ein Rechtsstreit sich erhebt, können verschiedene Fora haben: an wessen Forum ist hier die Sache anzubringen? Oben ist die Competenz so bestimmt worden: die Person, deren Rechtsverhältnisse durch richterliches Urtheil festgesetzt werden sollen, muß der Jurisdiction des Magistrats unterworfen sein. Dieß kann allerdings von beiden Parteien gesagt werden, vorzugsweise und der Fassung der Sentenz nach gilt es indessen nur von dem Beklagten, der in derselben condemnirt oder absolvirt wird. So ist die Regel entstanden, daß das Forum des Beklagten entscheidet, actor rei forum sequi debet.[i] Um aber die Competenz einer Behörde wirksam zu machen, mußte noch eine thatsächliche Voraussetzung hinzukommen, nämlich daß der Beklagte sich an dem Ort des Forums entweder treffen ließ, oder

---

f) L. 3 D. de off. praes. (1, 18): praeses in suae provinciae homines tantum imperium habet. — L. 190 D. de V. S. (50, 16): provinciales eos accipere debemus, qui in provincia domicilium habent, non eos, qui ex provincia oriundi sunt. [Diese Stelle geht jedoch nach der Inscription auf das Eheverbot, nicht die Gerichtsbarkeit des Statthalters. Auch die Zweifel, welche Savigny System VIII, 51 a wegen der Provinz Aegypten erhoben hat, sind ungegründet. Die Nomen, in welche das Nilthal getheilt war, sind in ihrer Art eben so streng geschlossene Corporationen mit Gerichtsbarkeit, wie Alexandria: Kuhn Beitr. zur Verf. des röm. Reichs 1849 S. 154. 194. 204. Die Eigenschaft eines Genossen ist also auch in den Provinzen ein Competenzgrund, nur ist sie nicht auf die Provinz im Ganzen, sondern die einzelnen Gemeinden und Conventе zu beziehen, bei welchen letztern auch der Ausdruck forum zuerst angewendet wird, z. B. bei den Evocationsprivilegien der sicilischen Städte und Conventе. Cic. Verr. III, 15, 38 iura Siculorum: ne extra suum forum (II 15. 38) vadimonium promittere cogantur und der Insel Cypern ad Att. V 21, 6: evocari ex insula Cypro non licet. Vgl. § 67 f. R.]

g) L. 29 D. ad munic. (50, 1): incola et his magistratibus parere debet, apud quos incola est, et illis, apud quos civis est, nec tantum municipali iurisdictioni in utroque municipio subiectus est, verum etiam omnibus muneribus publicis fungi debet.

h) Adoption, Manumission, Aufnahme als Bürger L. 7 C. de incolis (10, 40).

i) Vat. fragm. 325. 326 L. 2 C. de iurisdict. (3, 13) Rescripte von Diocletian. Die Regel ist dann auch auf die Processe ausgedehnt worden, in welchen keine eigentliche Condemnation erfolgt Dioclet. L. 3. 4 C. ubi causa status agi debeat (3, 22).

Güter in dem Jurisdictionsbezirk besaß, weil nur in einem dieser Fälle eine Einleitung des Verfahrens gegen ihn möglich war (§ 160). Ja der Aufenthalt an dem Ort des Forums sollte sogar zuweilen als nicht bestehend angesehen werden. Wenn jemand in Angelegenheiten seines Municipiums (als legatus) in Rom anwesend ist, so soll er bei dem Prätor (in seiner Eigenschaft als civis romanus) nur wegen solcher Verbindlichkeiten belangt werden können, die er für die Zeit seiner Legation übernommen hat,[k]) für andere Fälle hat er das ius revocandi domum, wenn er verspricht, in seiner Heimath an einem bestimmten Tag sich zu stellen.[l])

Das Forum der Origo und das des Domiciliums sind aber nicht die einzigen. Vor allem kann durch Uebereinkunft beider Parteien, auch durch stillschweigende, indem sie wissentlich vor ihr sich einlassen, eine nichtcompetente Behörde competent werden,[m]) was durch die lex iulia iudiciorum bestätigt worden ist.[n]). Diese Competenz in Folge von Uebereinkunft entsteht durch die wirkliche Anhängigmachung des Processes, also durch die Litis Contestatio (§ 172), nicht schon durch das Erscheinen vor dem Magistrat;[o]) die bloße vorausgehende Uebereinkunft für sich verpflichtet noch keineswegs, sie entzieht dem, der sich bei dem incompetenten Gericht einzulassen versprochen hat, nicht den Einwand der Incompetenz, die praescriptio fori.[p]) Dagegen kann die Uebereinkunft, wie durch die Litis Contestatio, so auch durch die stipulatio iudicio sisti(§ 160) Kraft erhalten. Es giebt aber noch einen dritten Weg, wie durch Uebereinkunft eine Behörde competent werden kann. Er besteht darin, daß ein bestimmter Zahlungsort zwischen Gläubiger und Schuldner verabredet wird. Dieß beruht auf folgendem Princip. Wenn der Richter condemnirt, also ausspricht, daß der Beklagte zu leisten schuldig sei, so geschieht dieß ohne Benennung eines Orts, mithin versteht es sich von dem Ort des Gerichts, der Kläger daher, indem er auf Condemnation des Beklagten anträgt, fordert dessen Leistung an dem Ort der Condemnation. Deshalb muß er, wenn die Verbindlichkeit des Schuldners auf einen bestimmten Ort geht, an diesem seine Klage anstellen, weil er sonst, dem Ort nach, etwas anderes fordern würde, als der Schuldner zu leisten hat, und darum abgewiesen werden müßte.[q]) Wie also bei nichtbestimmtem Erfüllungsort dieser, wenn es zum

---

k) L. 3 D. de legation. (50, 7).

l) L. 2 § 3—6 L. 8. 24—28 D. de iudic. (5, 1) u. a.

m) Man nennt diesen gewillkürten Gerichtsstand forum prorogatum.

n) L. 1. 2 pr. § 1 D. de iudic. (5, 1). *o*) Vgl. L. 33 D. eod.

p) African. L. 18 D. de iurisd. (2, 1). Um diese Stelle anders zu verstehen, muß man etwas hineinlegen, was weder explicite noch implicite darin gesagt ist; dazu ist kein Grund vorhanden. Justinian hat dem Verzicht auf die praescriptio fori, wenn er bei dem Contract selbst geschehen ist, volle Wirkung beigelegt L. 29 C. de pactis (2, 3). Dadurch ist allerdings der Sinn jener Stelle des Africanus als Bestandtheil der justinianischen Legislation modificirt, aber nur so weit, daß wir sie von einem abgesonderten Pactum zu verstehen haben.

q) Nur wenn der Gegenstand der Forderung ein incertum ist, und überdieß (denn jenes reicht für sich noch nicht hin L. 7 § 1 D. de eo quod certo loco 13, 4) die Forderung eine solche ist, bei welcher der Richter angewiesen wird, die Ansprüche der Parteien ex fide bona nach den Umständen festzusetzen (§ 165), kann auch an einem andern Ort geklagt werden, weil der Richter hier mit besonderer Berücksichtigung des Orts entscheiden kann L. 7 pr. D. eod. L. 5 pr. D. commod. (13, 6). Dieselbe Befugniß aber kann dem Richter auch bei strengen Klagen gegeben werden, durch die Aufgabe, seiner Sentenz einen Bescheid über die Ansprüche rücksichtlich des Orts vorausgehen zu lassen (§ 166), und in Gemäßheit dieses Arbitriums und des Gehorsams oder Ungehorsams des Beklagten gegen dasselbe seine Sentenz einzurichten Dig. XIII 4: de eo quod certo loco dari oportet. Dadurch wurde der Gläubiger in den Stand gesetzt, auch außer dem Erfüllungsort, an dem sich der Beklagte vielleicht nicht treffen ließ, also an dem forum domicilii oder originis desselben zu klagen L. 1 D. eod.

Proceß kommt, durch den Gerichtsort gegeben wird, so giebt umgekehrt der bestimmte Erfüllungsort das Forum, und die Parteien stellen durch Verabredung eines Zahlungsorts ein besonderes Forum für den künftigen Rechtsstreit über diese Obligatio auf.

Aber die römischen Juristen gingen noch weiter. Wegen jener thatsächlichen Voraussetzungen für das Anbringen einer Klage, der Anwesenheit des Beklagten oder des Besitzes von Gütern in dem Gerichtsbezirk, wodurch die Verfolgung der Rechte beschränkt ist, mußte es angemessen erscheinen, die Fora zu vermehren. Sie nahmen daher überhaupt und unabhängig von einer besonderen Uebereinkunft an, daß da, wo die Erfüllung einer Obligatio geschehen sollte, auch die gerichtliche Forderung eintreten könne. Daher kann jemand auch da belangt werden, wo er das ihn verpflichtende Rechtsgeschäft oder Rechtsverhältniß eingegangen hat.[r]) Dieses Forum, das mit den persönlichen concurrirt, wird, jenem Princip gemäß, nicht durch das Moment des Geschäftsabschlusses allein begründet, es fällt weg, wenn den Parteien nicht die Absicht der Leistung an diesem Ort unterstellt werden kann;[s]) ja die vertragsmäßige oder gesetzliche Bestimmung des Erfüllungsortes reicht für sich allein hin, das Forum zu begründen, gleichviel ob das Geschäft an diesem Ort errichtet, und ob überhaupt ein Contract der Obligation das Dasein gegeben hat, oder nicht.[t])

So wie der Besitz eines Grundstücks regelmäßig nicht zu den munera verpflichtet, mit Ausnahme der auf die Grundstücke gelegten Abgaben,[u]) so unterwirft er auch nicht der Jurisdiction,[v]) auch nicht in Beziehung auf die Vindication dieser Sache. Es ist jetzt entschieden, daß das forum rei sitae zur Zeit der römischen Juristen, ja noch unter Diocletian, nicht bestand.[w]) Erst später, wahrscheinlich durch ein Gesetz von 385,[x]) ist verordnet, daß die Vindication einer (unbeweglichen oder beweglichen) Sache da soll angebracht werden können, wo sie sich befindet.

B. Die Judices.

CLIII. Das officium iudicis enthält das, was wir uns als die reellen und wesentlichen Functionen des Richteramts denken. Seine Bestandtheile

---

r) So am Ort des Contracts (daher von den Neuern forum contractus genannt), an dem Ort der geführten Verwaltung, aus welcher er belangt wird (s. g. forum gestae administrationis), an dem Ort des ehelichen Lebens, wo eine Forderung auf die Ehe sich gründet L. 19. 65 D. de iudic. (5, 1). *s*) L. 19 § 2 eod.

t) L. 21 D. de O. et A. (44, 7) L. 3 D. de rebus auct. iud. poss. (42, 5): — contractum autem non utique eo loco intelligitur, quo negotium gestum sit, sed quo solvenda est pecunia. L. 20 D. de iud. (5, 1): omnem obligationem pro contractu habendam existimandum est, ut ubicunque aliquis obligetur, contrahi videatur, quamvis non ex crediti causa debeatur. L. 50 pr. eod. Ueber das Princip und die Voraussetzungen dieses Forums vgl. J. A. M. Albrecht über das Motiv des Forum Contractus 1845 [welcher jedoch S. 29—32 irrig einen gesetzlichen Erfüllungsort und Gerichtsstand da annimmt, wo die bewegliche Sache sich zufällig befindet, als ein forum rei sitae bei persönlichen Klagen. Er verwechselt den Gerichtsstand mit dem Restitutionsort, der Wohlthat des Schuldners bei arbiträren und b. f. Klagen, die Sache nicht auf seine Gefahr und Kosten an den Klagort schaffen zu dürfen, die aber wie alle Benefizien durch Dolus (unredliche Entfernung) verloren geht: L. 10—12 de R. V. (6, 1) L. 38 de iud. (5, 1) L. 11 § 1 ad exhib. (10, 4) Savigny Syst. VIII § 370 S. 211. 232. R.]

u) L. 6 § 5 D. de muner. (50, 4).

v) Auch in dieser Rücksicht wird gesagt: sola domus possessio, quae in aliena civitate comparatur, domicilium non facit L. 17 § 13 D. de munic. (50, 1).

w) Vat. fragm. 326 (vom J. 293).

x) L. 3 C. ubi in rem actio (3, 19).

sind die cognitio und die sententia. Das Eigenthümliche der Stellung des Richters im alten römischen Proceß bestand nur darin, daß ihm die Streitpunkte mehr oder weniger speciell durch die Thätigkeit des Magistrats festgestellt, daß der Rechtsstreit ihm als ein schon geformtes Ganzes überliefert wurde. Es wäre daher ein Irrthum, wenn man die römischen Judices mit den heutigen Geschwornen vergleichen, und sich vorstellen wollte, sie seien bloß mit der Untersuchung des Factischen beschäftigt gewesen, die Rechtssätze seien ihnen durch das Verfahren in iure vorgezeichnet worden. Von der Unrichtigkeit dieser Vorstellung könnte die erste beste der Reden, welche Cicero in Civilsachen gehalten hat, überzeugen; dasselbe aber ergiebt sich auch aus der Beschaffenheit des Verfahrens in iure, welches keineswegs geeignet war, alle rechtlichen Erörterungen vor dem Judex rechtlich auszuschließen. Der Magistrat entschied allerdings über die allgemeine rechtliche Begründung des Anspruchs, indem er die Klagen und Einreden zuließ, und das Judicium ordnete, aber selbst bei der allereinfachsten Klage, der auf eine bestimmte geschuldete Geldsumme, konnte sich noch mancher Anlaß zu rechtlichen Fragen im Judicium finden,[a] noch mehr war dieß der Fall bei den Klagen, in welchen durch die Anweisung, zu untersuchen, was eine Partei der andern ex fide bona zu leisten habe, dem Richter ein weites Feld rechtlicher Erwägungen geöffnet war, und eben so bei dinglichen Klagen, z. B. der rei vindicatio, wo der Richter nur im allgemeinen angewiesen war, zu untersuchen, ob der Kläger Eigenthümer sei, wo also die ganze Rechtstheorie der einzelnen Erwerbsarten in Frage kommen konnte. Daß der Judex vorzugsweise mit dem Factischen zu thun hatte, können wir daher nur in demselben Sinne behaupten, wie von jedem heutigen Richter auch, insofern nämlich, als weit öfter die Facta als die anzuwendenden Rechtssätze in den Processen bestritten sind, und daher der Beweis der Thatsachen, welcher in das Verfahren vor dem Judex fällt, der den Ausgang des Rechtsstreits entscheidende Punkt zu sein pflegt. Man kann sagen, das Institut der römischen Judices beruht auf ähnlichen politischen Motiven, wie das der Geschwornen, aber die Ausführung des Gedankens ist in beiden eine ganz verschiedene.

Das Judicium, an welches der vor dem Magistrat vorbereitete und zurechtgelegte Rechtsstreit gelangt, ist entweder ein ständiges, welches nicht bloß für diese einzelne Sache ernannt und gebildet ist, und hier war es wohl von jeher ein Collegium, vor dem verhandelt und von welchem entschieden wurde, oder es wurde von dem Magistrat erst für diesen Proceß unter Mitwirkung der Parteien bestellt, aus einer gegebenen Anzahl dazu befähigter Personen, und hier kommt sowohl eine Mehrheit von Richtern, als auch die Ernennung eines Einzelrichters vor.

Es ist im zweiten Buch gezeigt worden, wie anfangs das Collegium der Pontifices das Gericht in Rechtsstreitigkeiten war (§ 41 a. E.), und wie seine ausschließliche Function durch die Einführung der iudices decemviri litibus iudicandis aufhörte (§ 49). Neben das Decemviralgericht trat noch ein zweites, zahlreicheres, das der centumviri.[b] Die Nachrichten über dieses Gericht sind

---

a) Ein Beispiel giebt die Rede des Cicero pro Roscio comoedo.

b) Das Centumviralgericht ist theils in Beziehung auf seine Entstehung, theils hinsichtlich seiner Competenz Gegenstand vielfacher Erörterungen gewesen: besondere Schriften darüber sind: Sibrand. Siccama de iudicio centumvirali libri II 1596. Zepernick de causis centumviralib. 1776 (als Anhang zu der neuen Ausg. des Siccama). Bethmann-Hollweg über die Competenz des Centumviralgerichts (1825) Zeitschr. für gesch. Rechtswiss. V. 11. Heffter de iudiciis centumviralibus (in seiner Ausgabe des vierten Buchs des Gaius 1827 S. 31—41).

so abgerissen, unvollständig, und zum Theil von zweifelhafter Glaubwürdigkeit, daß es schwierig ist, zu einem befriedigenden Resultat aus ihnen zu gelangen. Das Sicherste ist, von der späteren Gestaltung desselben auszugehen, so weit sie sich aus gleichzeitigen Berichten erkennen läßt.

In der dritten Periode bestand das Centumviralgericht als ein angesehener, vielbeschäftigter Gerichtshof, besonders in Erbschaftsstreitigkeiten, unter denen wieder die Fälle der Anfechtung eines Testaments wegen unbilliger Enterbung sich auszeichnen.[c]) Ja es kommt nach Cicero keine Stelle vor, aus der sich entnehmen ließe, daß die Centumvirn in andern als in Erbschaftsprocessen gerichtet hätten.[d]) Wenn wir hiernach annehmen, daß in der dritten Periode die Competenz des Centumviralgerichts auf diese Processe sich beschränkte, so läßt sich dafür sogar ein bestimmtes Zeugniß anführen, welches, wenn gleich ein nichtjuristisches und erst aus dem Ende des vierten Jahrhunderts, doch in Zusammenhang mit den übrigen Nachrichten nicht ohne Bedeutung ist.[e]) Für die frühere Zeit dagegen ist diese Beschränkung nicht zu behaupten; schon bei Cicero zwar gehören alle einzelnen Fälle, die er erwähnt, den Erbschaftssachen zu, und wir mögen daraus entnehmen, daß in ihnen schon damals die regelmäßige Function des Gerichts bestand, aber in einer allgemeinen Stelle sagt er, daß in den causae centumvirales (außer andern, deren Beziehung auf Erbstreitigkeiten klar ist) die iura alluvionum, circumluvionum, nexorum, mancipiorum, parietum, luminum, stillicidiorum zur Sprache kämen, ceterarumque rerum innumerabilium, fügt er hinzu.[f]) Daraus folgt, daß in früherer Zeit auch Processe über das Eigenthum, wenigstens über Grundeigenthum, vor den Centumvirn verhandelt wurden,[g]) und dafür spricht denn auch, daß

C. A. Schneider de centumviralis iudicii apud. Rom. origine 1835. Zumpt über Ursprung, Form und Bedeutung des Centumviralgerichts in Rom 1838. Huschke Recension dieser Schrift Krit. Jahrb. für D. Rechtswiss. 1839 S. 475—93. Vgl. Desselben Servius Tullius S. 585—610. (Krug) über Legis Actiones und das Centumviralgericht der Römer 1839. Vgl. auch noch Bachofen de rom. iudiciis civ. 1840 p. 11 sqq. [Karlowa Legisactionem § 30.]

c) S. die zahlreichen Stellen, welche von diesen Rechtsstreiten als causis centumviralibus theils im allgemeinen, theils in Beziehung auf einzelne Beispiele sprechen, bei Hollweg a. a. O. S. 376 ff. Zumpt a. a. O. S. 18 ff.

d) Man hat Gai. IV 95 als eine solche Stelle angeführt, worin von dem Centumviralgericht in einem einfachen Eigenthumsproceß die Rede sei. Dieß ist nicht richtig. Gaius handelt an jenem Ort von der Caution, die der Beklagte bei der in rem actio zu leisten hat. Er führt § 93 das Beispiel einer Eigenthumsklage an, aber was er sagt, gilt nicht bloß von dieser specialis in rem actio, sondern auch von der de universitate, der Erbrechtsklage. In diesem Zusammenhang erwähnt er den Proceß vor dem Centumviralgericht, es ist daher gar kein Grund vorhanden, zu glauben, er habe eine Eigenthumsklage im Sinn gehabt.

e) Hieronymus (ep. ad Domnionem, 50 ed. Vallars.), indem er seinen Spott über einen anmaßlichen Widersacher ergießt, der bei den großen Talenten, die er sich zuschreibe, ohne Zweifel in weltlichen Geschäften eine mächtige Rolle hätte spielen und die Gerichte beherrschen können, sagt: liberatus est mundus a periculo, et hereditariae vel centumvirales causae (bei dieser Erwähnung hat er wahrscheinlich Luc. 12, 14 im Sinne) de barathro erutae, quod hic forum negligens se ad ecclesiam transtulit. — Auch der Umstand spricht dafür, daß für das sacramentum bei Centumviralsachen Gaius lediglich die höhere Summe von 125 Sesterzen (500 Asses nach den zwölf Tafeln, wenn das Streitobject 1000 Asses und darüber beträgt) angibt, eine Erbrechtsklage wird nie ein geringeres Object als 1000 Asses haben, Gai. IV 95 cf. 14. (Denn die einzelne Sache zwar, die der Beklagte besitzt und die zunächst der Gegenstand der Klage ist, mag allenfalls von geringerem Werth sein, aber der Streit bezieht sich doch unmittelbar und in seinen Folgen zugleich auf die ganze Erbschaft, und schon um der Unsicherheit der Schätzung dieser werden die Rechtskundigen von jeher die höhere Summe für solche Klagen angenommen haben.) Auch Justinian L. 12 C. de H. P. (3, 31) identificirt Centumviral- und Erbschaftssachen.

f) Cic. de orat. I 38.

g) Nicht dagegen läßt sich daraus auf Servitutenklagen schließen, denn die parietum, lumi-

Gaius die hasta, welche bei den Centumviralprocessen aufgesteckt wurde, daraus erklärt, daß der Speer als Zeichen des rechten Eigenthums gegolten habe.[h])

Eine Eigenthümlichkeit des Gerichts war seine Abtheilung in vier consilia, welche eben so viele Gerichtshöfe (hastae, tribunalia, iudicia) bildeten. Nun kommt es vor, daß eine Sache vor einem, vor zwei (duplex iudicium), und vor den vier vereinigten Abtheilungen (quadruplex iudicium), verhandelt wurde.[i]) Bei dem mehrfachen Gericht wird erzählt, daß jemand seinen Proceß vor allen Consilia,[k]) oder bloß vor einigen gewonnen, vor andern verloren habe.[l]) Man hat hier die Wahl zwischen zwei Ansichten; nach der einen erhob man den Proceß gewöhnlich vor Einem Consilium, und konnte von dessen Ausspruch an ein duplex, von diesem an ein quadruplex iudicium, provociren, doch war auch gestattet, die Sache gleich von Anfang zur definitiven Entscheidung vor alle Consilien zu bringen,[m]) nach der andern wurde die Verhandlung einer Sache vor mehreren Consilien nur dadurch veranlaßt, daß sie durch eine Mehrheit von Parteien in mehrere Processe zerfiel, wie namentlich, wenn in dem mit der querela inofficiosi anzufechtenden Testament mehrere Erben eingesetzt waren, wo es denn geschehen konnte, daß der Kläger gegen den einen gewann, gegen den andern verlor, also in dem einen Consilium seinen Anspruch durchsetzte, in dem andern abgewiesen wurde.[n]) Diese letztere Ansicht scheint mir den Vorzug zu verdienen, und allein mit den Stellen der Note l in Einklang zu sein, nur muß dabei die Möglichkeit vorausgesetzt werden, daß bei der Verhandlung zur Erleichterung des Klägers und seiner Patroni alle in Anspruch genommenen Consilia vereinigt wurden, damit nicht dieselben Reden vor allen einzelnen zu halten waren; sodann war es vielleicht gestattet, bei bedeutenden Sachen auch ohne diese Veranlassung auf eine Vereinigung aller Consilien in Eines anzutragen. Das Geschäft, die Consilia aus der Masse der Centumvirn zu bilden, was für jede Sitzung sich wiederholte, hatten seit August

---

num, stillicidiorum iura kommen auch bei der Eigenthumsfrage vor, so gut als die nexa und mancipia, aus deren Erwähnung eben so wenig auf die Competenz für persönliche Klagen geschlossen werden kann.

h) Gai IV 16. [Die scheinbare Competenzverschiedenheit in der frühern und spätern Zeit erklärt sich so. Den ältesten und wichtigsten Bestandtheil der hereditas bildeten die heredia, d. h. die dem Geschlecht (nomen) erb- und eigenthümlich assignirten Theile des Staatsbodens, welche der Gens weder durch ein unbilliges Testament des jetzigen Besitzers entzogen, noch auch durch die Frauen, es sei testato oder intestato, in eine andere Gens übertragen werden konnten: Rudorff in den Schriften der römischen Feldmesser II (1852) S. 302 f. Diese Grundeinrichtung des Staats hatte, eben weil sie dieß war, ein aus Grundbesitzern aller Tribus zusammengesetztes Volksgericht zu schützen: Cic. de lege agr. 2, 17. 44 populi romani hereditatem decemviri iudicent, cum vos volueritis de privatis hereditatibus centumviros iudicare? So erklärt sich zugleich die Erwähnung der iura tutelarum und gentilitatum unter den Centumviralsachen (Note f). Das bewegliche Vermögen, obgleich es bei steigendem Reichthum immer wichtiger wurde, galt hier nur als Erweiterung jenes publicistischen Kerns der hereditas, wie man auch die Erbtheilungsklage fortwährend als eine Verhandlung inter consortes (unter Unzialeigenthümern eines Fundus) betrachtete (§ 314 ll. mm), bis man endlich von den Bestandtheilen der hereditas ganz abstrahirte und bloß noch auf ihren Werth (§ 320 b), oder wie es im prätorischen Edict von Julian geschieht, darauf sah, daß sie als Vermögensganzes vor den einzelnen Bestandtheilen, sowie vor dem Fundus den Vorrang hat. R.]

i) Ein quadruplex iudicium wird erwähnt bei Plin. ep. I 18. IV 24. VI 33; ein duplex bei Quintilian. Inst. or. V 2. XI 1, 78; ein mehrfaches überhaupt Val. Max. VII 7, 1; ein einfaches bei Quintil. XII 5 und wohl auch Plin. ep. II 14.

k) Val. Max l. c.

l) Plin. ep. VI 33. L. 15 § 2 L. 24 D. de inoff. test. (5, 2).

m) Huschke in den krit. Jahrb. 1839 S. 484 f. [Multa 1874 S. 406.]

n) Zimmern der röm. Civilproceß § 15 Note 8.

die Decemvirn.[o]) Zu einem quadruplex iudicium gehörten zu Plinius Zeit 180 Richter, also 45 auf ein Consilium,[p]) es ist damit keineswegs gesagt, daß dieß die Zahl aller der zu Centumvirn Ernannten gewesen sei. Festus erwähnt für die frühere Zeit 105 (Note s), ob als eine beglaubigte Thatsache, ist nicht gewiß. Aus dem Namen des Gerichts wäre zu entnehmen, daß ein Consilium ursprünglich 25 Richter enthielt, wenn nicht von jeher die Benennung eine ungenaue war.[q]) Uebrigens geht aus der jedesmaligen Bildung der Consilia hervor, daß das Centumviralgericht zwischen reinständigen und von dem Prätor bestellten Gerichten in der Mitte stand.

Bei der Frage nach dem Alter des Centumviralgerichts ist kein Gewicht zu legen auf die Aeußerung des Pomponius, der nach der Peregrinenprätur die Decemvirn und ihre Verbindung mit dem Centumviralgericht erwähnt, die entschieden erst unter August eingetreten ist,[r]) und keinen viel bessern Haltpunkt gewährt der epitomirte Festus, welcher die Zahl von 105 durch eine angebliche Wahl von drei aus jeder der 35 Tribus herausrechnet.[s]) Weit bedeutender ist der Umstand, daß der Centumviralproceß noch in der dritten Periode durch Legis Actio eingeleitet wurde;[t]) dieß setzt voraus, daß die Entstehung des Gerichts in die Zeit fällt, wo diesem Verfahren noch nicht ein anderes substituirt oder an die Seite gesetzt war, für ein neueres Gericht würde sicherlich das neuere, stets mehr überhand nehmende Verfahren constituirt worden sein.[u]) Daß seine Einführung den Zwölf Tafeln zuzuschreiben sei, wie Zumpt will, ist eine nicht näher zu begründende Möglichkeit, noch weniger wahrscheinlich ist die Ansicht Niebuhr's, der sie in die Zeit des Königs Servius hinaufrückt (§ 49).

Bei der bisher dargelegten Beschaffenheit unserer Nachrichten über das

---

o) Sueton. Octav. 36: — ut centumviralem hastam, quam quaestura functi consuerant cogere, decemviri cogerent. Plin. ep. V 21. Dio Cass. LIV 26.

p) Plin. VI 33: — sedebant iudices centum et octoginta, tot enim quattuor consiliis conscribuntur.

q) So sagt Varro (de re rust. II 1) von einer gewissen Zahl, man müsse es damit so wenig allzugenau nehmen, als wenn von tausend Schiffen, die nach Troja gefahren wären, oder von einem Centumviralgericht zu Rom die Rede sei.

r) L. 2 § 29 D. de orig. iur. (1, 2): deinde cum esset necessarius magistratus, qui hastae praeesset, decemviri litibus iudicandis sunt constituti. [Seitdem kommt das Amt auch auf Inschriften vor, z. B. C. I. L. VI n. 1377. 1383. 1401. 1408. 1409. 1415, auch die Note bei Valerius Probus: STLITIBUS litibus, quod inventum est aput Ferentum in civitate Histonio ist epigraphischen Ursprungs: die Histonische Inschrift in Mommsen's inscr. Neapolit. 1852 No. 5244 ergiebt den Titel mehrere Mal, der ächte Probus (Mommsen notarum laterculi p. 271) hat sie nicht. Auf einem Mißverständniß des lateinischen Originals aber beruht die griechische Uebersetzung τῶν (δέ)κα ἀνδρῶν τῶν τὰ φοινι(κ)ὰ δικασάντων in einer argolischen und spartanischen Inschrift bei Boeckh corp. inscr. Tom. I p. 1133. 1327, aus welcher man sehr mit Unrecht auf eine Criminaljurisdiction der Decemvirn geschlossen hat. R.]

s) Paul. Diac. ex Festo: Centumviralia iudicia a centumviris sunt dicta. Nam quum essent Romae triginta et quinque tribus, quae et curiae sunt dictae, terni ex singulis tribubus sunt electi ad iudicandum, qui centumviri appellati sunt, et licet quinque amplius quam centum fuerint, tamen quo facilius nominarentur, centumviri sunt dicti. Die irrige Verwechselung der Curien und Tribus wiederholt er unter dem Wort curiae; aus dem Zusatz: quae et curiae sunt dictae, der außerdem ganz überflüssig war, möchte man schließen, er habe in seiner Quelle etwas von Curien beim Centumviralgericht gelesen, welches er sodann auf die Tribus, die ihm zu seiner Rechnung besser paßten, übertrug. [Vgl. Mommsen Staatsrecht II (1877) S. 220.)

t) Gell. XVI 10: — omnisque illa XII tabularum antiquitas nisi in legis actionibus centumviralium causarum lege aebutia lata consopita sit —. Gai. IV 31: cum ad centumviros itur, ante lege agitur sacramento —.

u) Es ist eine ungeschickte Vorstellung (zu der die Stelle des Gellius Note t die ganz unschuldige Veranlassung geworden ist), daß die Lex Aebutia selbst das Centumviralgericht eingesetzt

Centumviralgericht kommt es darauf an, die vereinzelten Notizen wo möglich in ein Bild zusammenzufassen, für das sich zwar keine der Gewißheit sich annähernde, aber doch immer eine Wahrscheinlichkeit, bei der man sich etwa beruhigen kann, behaupten läßt. Es giebt Rechtsstreitigkeiten, deren Gegenstand ein unmittelbar öffentliches Interesse dadurch hat, daß es sich dabei um Rechte handelt, von denen die Stellung des Bürgers abhängt. Dieß sind die über die Persönlichkeit eines Bürgers (caput civis), und seit der servianischen Verfassung über den Theil des Vermögens, nach welchem die öffentlichen Leistungen sich bestimmten. Vor Servius gehörten jene vor die Pontifices zwar, aber in jener öffentlichen Beziehung mit Recurs an die Curiatcomitien, hinsichtlich der Vermögenssachen galt dasselbe nur von den Erbschaften, als der am nächsten mit dem Caput zusammenhängenden.[v]) Diese Einrichtung paßte nicht für die Plebejer, und für die Ausdehnung des öffentlichen Interesses auf Eigenthumsprocesse. Für jene Rechtssachen, also wenn über das Caput oder jenes die öffentlichen Leistungen bestimmende Eigenthum gestritten wurde,[w]) setzte Servius ein Gericht ein, für welches, wenn es in solchen Sachen richtete, die hasta das Zeichen war, als das Symbol der öffentlichen Leistungen. Es trat an die Stelle der Pontifices und der Curiatcomitien, deren Functionen nur noch bei nichtstreitigen Rechtssachen jener Art (Note v) blieben. Dieses iudicium hastae waren die Decemvirn, die aber auch in andern Fällen, also in reinen Privatsachen richteten (mithin ohne hasta), wofern nicht besondere Richter bestellt wurden. Die Möglichkeit solcher von dem Magistrat zu bestellenden Richter wurde bald erweitert (§ 154), und dadurch das Decemviralgericht immer mehr auf die hasta beschränkt. Endlich wurde neben dem Decemviralgericht für die hasta in Vermögensrechtssachen das Centumviralgericht eingesetzt, und dessen Wahl den Tributcomitien übertragen. Die Decemvirn behielten das Gericht lediglich in Rechtsstreitigkeiten über das caput,[x]) die übrige hasta ging auf die Centumvirn über. Zuletzt verlor sich das Bewußtsein der politischen Bedeutung der hasta, aus welcher der Gegensatz von iudicium privatum gegen das centumvirale sich herschreibt, Eigenthumssachen aller Art konnten seit der Lex Aebutia vor privati iudices kommen, auch die centumvirales causae wurden lediglich von dem privatrechtlichen Gesichtspunkte aufgefaßt, die Thätigkeit der Centumvirn beschränkte sich mehr und mehr auf Erbschaftssachen, unter denen wiederum die querela inofficiosi testamenti ihre vornehmste Aufgabe blieb, da diesen das alte Ansehen des Gerichts und die theils daraus theils aus der ursprünglich politischen Richtung sich ableitende Freiheit der Beurtheilung besonders zu Statten kam.[y])

CLIV. Richter, welche für den einzelnen Fall von dem Magistrat bestellt wurden, also das officium iudicis nicht vermöge eines über diesen einzelnen Rechtsstreit hinausreichenden Amts hatten, und die daher als iudices privati jenen ständigen Richtern entgegengesetzt werden, kommen in Rom schon frühzeitig vor. Vor allem konnte die Zulassung solcher Privatrichter für eine Partei

habe; der Gesetzgeber hätte gleichsam aus Mitleid mit den aus ihrer ausschließlichen Herrschaft von ihm vertriebenen Legis Actiones ihnen ein neues Feld der Existenz durch die Erfindung eines Gerichts, für welches sie nothwendig sein sollten, eröffnet.

v) Aus der Arrogation und dem Testament vor den Curiatcomitien muß auf eine ursprüngliche contentiose Gerichtsbarkeit in denselben Sachen geschlossen werden.

w) Also abgesehen von einem Criminalproceß de capite, der dem comitiatus maximus zugewiesen wurde. *x*) Cic. pro Caec. 33 Or. pro domo 29.

y) [Ueber den Ursprung der decemviri vgl. jetzt Mommsen Staatsrecht II S. 590 ff.]

wünschenswerth erscheinen, wenn sie vielleicht in die Willigkeit des öffentlichen und ständigen, das wahre Recht zu finden und auszusprechen, Zweifel setzte; hätte das öffentliche Gericht auch regelmäßig keine Veranlassung zu solchen Befürchtungen gegeben, so war doch die unbedingte Nothwendigkeit desselben, und die Ausschließung jedes andern bedenklich. Sodann konnte eine Rechtssache von der Beschaffenheit sein, daß ihre Beurtheilung besondere, bei den gewöhnlichen Richtern nicht vorauszusetzende Sachkenntnisse erheischte, oder daß sie eine freiere und arbiträrere Beurtheilung in Anspruch nahm, als einem Richter einzuräumen gerecht war, auf dessen Wahl die Parteien keinen Einfluß hatten, endlich führte der Verkehr mit Auswärtigen, welcher nicht den ständigen römischen Gerichten und der für römische Bürger bestimmten Verhandlungsweise übergeben werden konnte, bestellte Richter herbei.

Die erste dieser Veranlassungen scheint der lex pinaria zu Grunde zu liegen (§ 53), welche bei der Legis Actio durch Sacramentum den Parteien zugestand, auf die Bestellung eines Judex (wenigstens bei persönlichen Klagen) anzutragen, den sie von dem Prätor am dreißigsten Tag nach der Legis Actio erhielten.[a]) — Aus dem zweiten der angegebenen Gründe wurde eine eigene Legis Actio, die eben auf diese Erbittung eines Richters berechnet ist und davon auch den Namen hat, eingeführt; die legis actio per iudicis arbitrive postulationem.[b]) Die Zwölf Tafeln weisen Grenzstreitigkeiten an drei (ohne Zweifel unter Mitwirkung der Parteien zu ernennende) arbitri,[c]) arbitri entschieden auch, wenn gegen eine Veränderung des Wasserlaufs geklagt wurde, ohne Zweifel ebenfalls nach Vorschrift der Zwölf Tafeln,[d]) dieses Gesetz ver-

---

a) Gai. IV 15. [Mit noch größerer Gewißheit muß das Recht, auf einen Judex anzutragen, für die in rem actiones behauptet werden: Pseudo-Asconius (p. 164, 6 Orell.) las sogar nur diese Anwendung im Gaius: namque *cum in rem aliquam agerent* litigatores et poena se sacramenti peterent, poscebant iudicem, qui dabatur post trigesimum diem. Ueber die Einrechnung der Schaltzeit in die von der Lex Pinaria eingeschobene dreißigtägige Frist enthielt dieses Gesetz eine ausdrückliche Bestimmung: Macrob. Sat. I 13: antiquissimam legem fuisse incisam in columna aerea a. L. Pinario et Furio consulibus (282), cui mentio intercalaris adscribitur (vgl. L. 2 D. de div. temp. 44, 3. Cato de re rust. c. 150). Die lex rupilia (§ 66a) übertrug das dreißigtägige Interval zwischen der Postulatio und Datio des Judex auch auf die Provincialjurisdiction (Cic. Verr. 2, 2. 15 quod lex rupilia vetaret diebus triginta sortiri dicam, quibus scripta esset). Auf die Annahme des Judex, die contestatio litis, folgte die Vertagung auf den dritten Tag (comperendinatio, vgl. lex XII tabb. § 160 d. l. Gai. IV 15: comperendinum diem, ut ad iudicem venirent, denuntiabant. Paul. ex Festo s. v. res comperendinata significat iudicium in diem tertium constitutum Cic. pro Mur. c. 12 diem tertium an perendinum. Valerius Probus 4, 9 I. D. T. S. P. = in diem tertium sive perendinum, Savigny System IV 604 d), so daß zwischen dem zweiten Termin vor dem Magistrat und dem Judicium ein freier Tag in der Mitte blieb (Cic. Brut. c. 22 unum, quasi comperendinatus, medium diem fuisse), wie es später durch die Lex Servilia auch für die Repetunden vorgeschrieben wurde. Durch die Bestellung eines Judex wird übrigens die Ansicht derer widerlegt, welche die sacramento actio wesentlich als ein Volksgericht über Privatsachen auffassen: man müßte denn dem privatus iudex mit Asverus (die Denunciatio der Römer 1845 S. 149—186) und Mommsen (Richter's Jahrb. 1845 S. 876) eine mandata iurisdictio zuschreiben wollen. R.]

b) Es bezieht sich darauf die Formel bei Valerius Probus: iudicem arbitrumve postulo uti des.

c) Cic. de legib. I 21. Cic. bei Nonius v. iurgium. Eben so sind die iudicia communi dividundo und familiae erciscundae arbitria L. 47. 52 D. fam erc. (10, 2) L. 26 D. comm. div. (10, 3) L. 2 C. comm. utr. (3, 38) L. 8 C. de collat. (6, 20). Isidor. 5, 25 communis divisio est inter eos, quibus communis res est: quae actio iubet postulantibus iis arbitrum dari, cuius arbitratu res dividantur.

d) Cic. top. 9. L. 24 D. de aqua pluv. (39, 3) L. 23 § ult. eod. »arbitrium aquae pluviae arcendae«. Vgl. L. 21 pr. D. de statulib. (40, 7).

ordnete ferner drei arbitri: si quis vindiciam falsam tulerit,[e] d. h. wenn in dem Eigenthumsproceß der, welcher den interimistischen Besitz erhalten hatte (§ 161), unterlag, und daher nun gegen ihn auf Herausgabe der Sache und der Früchte geklagt wurde. Eben so sollten nach diesem Gesetz die Ansprüche des Mündels gegen seinen gewesenen Vormund aus dessen Verwaltung vor arbitri kommen.[f] Es gab aber eine ganze Reihe von Rechtssachen, in welchen ein gerechtes Urtheil von einer freien und billigen Berücksichtigung mannigfacher individueller Umstände abhing, Verhältnisse, bei denen die Contrahenten auf gegenseitige Redlichkeit und Billigkeit rechnen mußten, da sich unmöglich alles bei der Abschließung in streng verclausulirte Worte bringen ließ, wo daher auch das Officium Judicis ein freieres sein, und sein Ermessen über den wörtlichen Inhalt des Geschäfts hinausgehen mußte.[g] Wenn ein Darlehn gegeben wurde, oder sonst jemand sich als Schuldner für eine Summe oder Sache förmlich bekannte, so war es ganz in der Ordnung, bei dem einfachen Inhalt des Geschäfts streng stehen zu bleiben, und nichts dazu noch wegzuthun, ein läßlicheres Verhalten des Richters wäre der Natur der Sache, der Intention der Parteien selbst, und dem Recht des Klägers zuwider gewesen, der eben um alle Weiterungen abzuschneiden und eine prompte Rechtshülfe sich zu sichern, seinen Schuldner bündig sich hatte obligiren lassen. Ganz anders, wenn jemand einem Andern seine Sache für einen besonderen Zweck, in einseitigem oder gemeinschaftlichem Interesse überließ, welche der Empfänger unter gewissen Bedingungen zurückgewähren sollte, eine Verbindlichkeit, die sich nach Umständen mindern (durch schuldlose Verringerung der Sache) und mehren konnte (durch zu erstattende Früchte und sonstige Accessionen), und deren möglicher Inhalt sich durchaus nicht in specielle Verabredungen zum Voraus fassen ließ. In solchen Fällen pflegte man den Geschäften die Clausel beizufügen: ut inter bonos bene agier oportet et sine fraudatione, oder: uti ne propter te fidemve tuam captus fraudatusve siem, oder: quod aequius melius, oder: ex fide bona, und diese Ausdrücke wurden auch in die Worte der Klage aufgenommen,[h] ja es wurde diese Clausel bei manchen Geschäften als ein stillschweigender Bestandtheil angenommen, und ihre richterliche Behandlung demzufolge von der ausdrücklichen Beifügung unabhängig gemacht. In allen diesen Rechtssachen nun war es die legis actio per iudicis arbitrive postulationem, deren man sich bediente, um ein mit weiterer Vollmacht, als das gewöhnliche, ausgerüstetes Gericht zu erhalten. Daher wurden diese Fälle arbitria genannt, ein Theil derselben späterhin bonae fidei iudicia. — Die dritte Veranlassung zur Bestellung von Richtern gab der Verkehr mit Peregrinen, die Recuperatoren (§ 83) waren kein ständiger Gerichtshof, sondern wurden für jeden einzelnen Fall von dem Prätor ernannt, gewöhnlich drei an der Zahl (wie bei den arbitri), nach Umständen auch wohl mehr. Dieses Institut der Recupera-

---

e) Festus v. vindiciae. § 232 n. [Ein ähnliches arbitrium liti aestimandae war bei persönlichen Klagen nöthig, um die condemnatio in ipsam rem auf eine Geldsumme zu schätzen § 179 t. Vgl. auch Caesar B. G. V 1. arbitros inter civitates dat, qui litem aestiment poenamque constituant. R.]

f) Cic. de off. III 15. Arbitrium tutelae: Cod. V 51 vgl. L. 28 § 2 D. de appell. (49, 1).

g) L. 6 D. de neg. gest. (3, 5): — tantundem in bonae fidei iudiciis officium iudicis valet, quantum in stipulatione nominatim eius rei facta interrogatio. L. 24 D. depos. (16, 3): et est quidem constitutum, in bonae fidei iudiciis quod ad usuras attinet, ut tantundem possit officium arbitri, quantum stipulatio —.

h) Cic. de off. III 15—17 ad fam. VII 12.

toren verlor später seinen Zusammenhang mit der Peregrinenrechtspflege; in Processen zwischen Römern kommen Recuperatoren, in Peregrinenprocessen Judices vor.

Nach der Zeit der Zwölf Tafeln neigte man sich immer mehr dem Institut der bestellten Richter zu, es wurde immer weiter ausgedehnt, die Thätigkeit der ständigen Gerichte zog sich in immer engere Kreise zurück. Diese Richtung ging zugleich auf die Uebertragung des officium iudicis an eine einzelne Person; wo früher mehrere bestellt wurden, da wurde es nach und nach (mit Ausnahme der recuperatorischen Gerichte) gewöhnlich, Einen Richter zu geben. So wurde bei einer neuen Legis Actio (per condictionem), welche durch die Lex Silia eingeführt, durch die Lex Calpurnia erweitert wurde, Untersuchung und Urtheil einem bestellten Judex zugewiesen: endlich ließ die Lex Aebutia bei dem neuen Verfahren, das sie einführte, ausschließlich bestellte Richter eintreten, das Decemviral- und Centumviralgericht blieb nur in den Fällen thätig, wo noch das alte Verfahren mit Legis Actio entweder vorgeschrieben war, oder von den Parteien freiwillig gewählt wurde.

Seit der Lex Aebutia classificiren sich die bestellten Richter so. Vor allem sind sie entweder Judices (und unter diesen sind in der späteren Zeit stets Einzelrichter zu verstehen)[i] oder Recuperatores. Wir wissen von wenigen Sachen mit Bestimmtheit, daß darin Recuperatoren ernannt wurden: bei der iniuriarum actio auf eine arbiträre Geldstrafe nach Aestimation der Injuria bestellte der Prätor Recuperatoren,[k] eben so bei dem interdictum de vi armata und der actio vi bonorum raptorum,[l] bei dem Vadimonium, indem der, welcher versprochen hat sich vor Gericht zu stellen, in gewissen Fällen mit Recuperatoren bedroht wird, die ihn, wenn er die Zusage bricht, sofort zu condemniren haben,[m] bei Ingenuitäts- und damit zusammenhängenden Standesprocessen,[n] bei der Klage gegen den Freigelassenen, der seinen Patron wider die Vorschrift des prätorischen Edicts in ius vocirt hat.[o] Aus diesen Beispielen läßt sich unschwer das Princip erkennen, welches im allgemeinen der Wahl dieser Richter zu Grunde lag. Die Competenzbestimmung zwischen Recuperatoren und Judices ist eine ähnliche wie die zwischen den Decemvirn und den bestellten Richtern (§ 153 a. E.), ja in der dritten Periode sind sie für die Quästiones über den Status einer Person geradezu an die Stelle der Decemvirn getreten. Sie traten aber auch überhaupt regelmäßig da ein, wo ein mehr persönliches als vermögensrechtliches Verhältniß in Frage kam, und wo

---

i) So setzt Gai. IV 105 die recuperatoria iudicia denen sub uno iudice entgegen.

k) Gell. XX 1. Doch scheint dieß nicht durchgängig geschehen zu sein Rhet. ad Herenn. II 13. Gai. III 224.

l) Cicero's Rede für den Cäcina, und für Tullius. Eine allgemeine Andeutung, daß bei Interdicten Recuperatoren vorkamen, findet sich bei Gai. IV 141.

m) Gai. IV 185. Auch wenn das Vadimonium nicht oder nicht gehörig geleistet worden, lex rubria cap. 21 a. E.

n) Sueton. Vespas. 3: — duxit uxorem — latinaeque condicionis, sed mox ingenuam et civem romanam recuperatorio iudicio pronuntiatam. Auch Sueton. Domit. 8: recuperatores, ne se perfusoriis assertionibus accomodarent, identidem admonuit, geht ohne Zweifel auf diese Art von Processen, in welchen die Richter oft willkürlich auf unbegründete Behauptungen hin Freiheit, Ingenuität, Civität anerkannten.

o) Gai. IV 46. [In der lex agr. v. 37. 38 und der lex collegii aquae (§ 108 a) kommen in der Thatfrage: z. B. ob eine Mult verwirkt ist, Recuperatoren in der Mehrzahl und daneben in letzterer noch ein gemeinschaftlicher Recuperator vor. Vgl. darüber Rudorff Zeitschr. XV S. 268. Mommsen daselbst S. 350; ferner die lex coloniae Genetivae (§ 108 b) c. 95. 125 sqq. und dazu Mommsen S. 140 f.]

zugleich eine arbiträrere Beurtheilung in Anspruch genommen wurde, als man einem einzelnen Judex in solchen Fällen einzuräumen für sicher hielt. Mit dieser Natur der Recuperatorengerichte hängt es zusammen, daß, wie Huschke es höchst wahrscheinlich gemacht hat, die Municipalmagistrate keine Recuperatoren bestellen konnten,[p]) daß also diese Befugniß nicht als Bestandtheil der iurisdictio (wie die iudicis datio), sondern als Ausfluß des Imperiums betrachtet wurde.

Die Judices im Gegensatz gegen die Recuperatoren sind wieder von doppelter Art: iudices im eigentlichsten Sinn oder arbitri. Die letzteren wurden ursprünglich wohl meistentheils in der Mehrzahl gegeben, später kam dieß ab, man beschränkte sich regelmäßig auf einen Arbiter, und seit dieser Zeit wurde es immer gewöhnlicher, den Namen Judex auch auf den Arbiter überzutragen. Arbitri nun waren vor der Lex Aebutia die Richter in den oben zusammengestellten Fällen, in welchen die legis actio per iudicis arbitrive postulationem zustand. Auch in dem neueren Verfahren blieb diese in der Natur der Dinge gegründete Unterscheidung zwischen Richtern, die theils in Beziehung auf den Gegenstand, in den sie, wenn sie den Beklagten schuldig fanden, zu condemniren hatten, theils in Beziehung auf die Beurtheilung des Rechts oder Unrechts bei den Parteien in enge Schranken eingeschlossen waren, und solchen, denen ein freieres Ermessen in beiden Hinsichten zukam.[q]) Es werden aber zwei Arten von Arbitri unterschieden. Die eine Classe bilden die in arbitrariae formulae, d. h. in solchen Formeln bestellten Richter, wonach etwas arbitratu iudicis restituirt oder exhibirt werden soll (§ 166), z. B. in dem Fall, wo nach altem Recht die Klage si quis vindiciam falsam tulerit (s. oben) stattfand. Die andere Classe sind die Richter, welche in der Formel angewiesen werden, darauf zu sprechen, was eine Partei der andern ex fide bona zu leisten hat, oder quan-

p) Huschke in Richter's Jahrb. 1837 S. 900. In der Lex agraria des Caligula (die man sonst für die lex mamilia hielt) wird dem römischen Magistrat iurisdictio reciperatorumque datio addictio, dem Municipalmagistrat nur iurisdictio iudicisque datio addictio beigelegt. [Widerlegt wird dies durch die lex col. Genetivae.]

q) Cicero unterscheidet beide Fälle in Beziehung auf eine gewisse Rechtssache so: eundemne tu arbitrum et iudicem sumebas? eidem et infinitam largitionem remittebas (dem Arbiter), et eundem in augustissimam formulam sponsionis concludebas (als Judex)? Quis unquam, fügt er hinzu, ad arbitrum quantum petiit, tantum abstulit? Nemo. Quantum enim aequius esset sibi dari, petiit. Cic. pro Roscio com. 4 vgl. top. 17 a. E. Die Stelle verliert ihre Bedeutung nicht, wenn auch der Arbiter, vor welchen der Proceß des Roscius früher gebracht worden, ein compromissarischer gewesen war (Puchta Kl. civil. Schr. 1851 S. 272 ff.). Dann hätte Cicero das von ihm dargestellte Recht des vom Magistrat bestellten Arbiter nur auf jenen übertragen, und es wäre nichtsdestoweniger gewiß, daß er a. a. O. nicht den Schiedsmann dem bestellten Richter (iudex oder arbiter), sondern den (auch bestellten) arbiter dem iudex (im engeren Sinn) entgegenstellt. Ganz anders verhält es sich mit einer Stelle von Seneca (de benef. III 7), die man versucht sein könnte hieher zu ziehen, da einiges darin auch auf unsern Gegensatz anwendbar zu sein scheint: Ideo melior videtur condicio causae bonae, si ad iudicem, quam si ad arbitrum mittitur, quia illum formula includit, et certos quos non excedat terminos ponit, huius libera et nullis adstricta vinculis religio et detrahere aliquid potest et adiicere, et sententiam suam non prout lex aut iustitia suadet, sed prout humanitas et misericordia impulit regere. Was hier von dem iudex gesagt ist, gilt in der That auch von unserem arbiter, auch dieser hat eine formula, die ihm Grenzen vorzeichnet, der Unterschied zwischen ihm und dem eigentlichen Judex liegt nur in dem Umfang des Gebiets, das diese Grenzen einschließen. Auf der andern Seite gilt das, was Seneca von seinem arbiter sagt, nicht von dem unsrigen, bei dem es nicht auf humanitas und misericordia abgesehen ist, und dessen religio keineswegs nullis adstricta vinculis ist. Seneca versteht unter iudex (wie sich auch aus dem ganzen Verlauf seiner Diatribe, ob man die Pflicht der Dankbarkeit zu einer rechtlichen Verbindlichkeit erheben könne, ergiebt) jeden wirklichen Richter, unter arbiter einen Schiedsmann, dem man vertragsweise eine Sache zur Entscheidung vorlegt. Vgl. noch Note dd.

tum aequius melius sit dari repromittive, oder die Verhältnisse zu beurtheilen, ut inter bonos agier oportet. Zur Zeit der römischen Juristen kamen diese letzteren, für gewisse Fälle aus dem ältesten Verfahren sich herschreibenden Ausdrucksformen ab, es wurde überall die erste: ex fide bona (§ 165 Note oo) gebraucht, und daher diese ganze (den arbitrariae formulae gegenüberstehende) Classe von Rechtssachen unter dem Namen bonae fidei iudicia zusammen gefaßt.

In Beziehung auf die Wahl aller dieser bestellten Richter kommen zwei Punkte in Frage: der Kreis von Personen, aus denen sie genommen werden konnten, und das Verfahren bei ihrer Ernennung für den einzelnen Rechtsstreit. Was den ersten Punkt anlangt, so sind manche Personen absolut ausgeschlossen von dem richterlichen Amt; diese Ausschließung gründet sich, wie Paulus sagt, theils auf die Natur der Sache, theils auf die Sitte, theils auf Gesetze.[r]) Natura sind die ausgeschlossen, denen die für die richterlichen Functionen absolut nöthigen Qualitäten fehlen; Stumme, Taube, Wahnsinnige, Impuberes; moribus die Frauen und Sclaven; lege alle Infames (die angeführte Stelle nennt von ihnen die senatu moti). Es ist nicht zu bezweifeln, daß der Magistrat nach Ermessen diese Ausschließungsgründe zu ergänzen, und die Bestellung einer Person zum Richter auch aus andern Gründen, die ihm erheblich schienen, versagen konnte, und sicherlich haben die Edicte der Prätoren auch darüber Festsetzungen enthalten.[s]) Die durch einen dieser Gründe Ausgeschlossenen können nicht Richter werden, damit ist aber noch keineswegs gesagt, daß überall die Bestellung jeden treffen konnte, der nicht an einer solchen Unfähigkeit litt. Bei der legis actio per iudicis postulationem scheint dieß allerdings der Fall gewesen zu sein, der Zweck dieses Instituts der arbitri forderte möglichste Freiheit der Wahl, dieselbe Unbeschränktheit scheint in Beziehung auf die Recuperatoren stattgefunden zu haben.[t]) Später (nachdem jene legis actio weggefallen war) wurde diese Freiheit überhaupt zugestanden, wenn die Parteien sich über einen Richter vereinigten, und diesen von dem Prätor erbaten,[u]) vorausgesetzt natürlich seine Fähigkeit, und daß er zur Uebernahme des Amtes freiwillig bereit war. Sonst aber wurden die Judices aus dem Senat genommen, der mit diesem Beruf von alter Zeit her bekleidet war.[v]) Dieses Recht blieb dem Senat, auch als für die Criminalprocesse die Einrichtung von iudices selecti, einer von den Magistraten im Voraus angefertigten Liste von Richtern, aus denen das Judicium für jeden einzelnen Fall zu constituiren war, eingeführt, und die Theilnahme der Senatoren an diesen Gerichten durch leges iudiciariae bald ausgeschlossen bald verringert wurde (§ 71). Diese Gesetze bezogen sich nicht auf die Civilrechtspflege. Erst August, oder

---

r) L. 12 § 2. 3 D. de iudic. (5, 1).

s) So die Ausdehnung der Unfähigkeit wegen Impubertät auf minores decem et octo annis L. 57 D. de re iud. (42, 1). Eine davon ganz verschiedene Bestimmung ist, daß das Compromiß auf einen Schiedsrichter unter 20 Jahren keine Gültigkeit hat, L. 41 D. de recept. (4, 8). Diese hat ihren Grund darin, daß eine solche Person nicht verpflichtet wird, das vertragsweise übernommene Schiedsrichteramt auszuüben, während die Gültigkeit des Compromisses diese Verpflichtung des Arbiter voraussetzt.

t) Huschke de recuperatoribus (I. Huschke anal. litt.) p. 240.

u) Dieß geht nicht bloß aus L. 57 D. de re iud. (42, 1), sondern auch aus vielen andern Stellen hervor, die eine Wahl außer dem ordentlichen Gremium, von dem nachher die Rede sein wird, stillschweigend voraussetzen. Darin lag eben die vornehmste Bedeutung jener Unfähigkeitsgründe, daß sie selbst die datio ex consensu verhinderten.

v) Polyb. VI 17.

vielleicht schon Cäsar,[w]) dehnte das Institut der iudices selecti auf die Gerichte in Privatsachen aus, so daß nun auch hier die Richter aus dem album iudicum selectorum zu nehmen waren.[x]) Diese Veränderung darf nicht als eine zum Nachtheil des Senats vorgenommene betrachtet werden, ihre Bedeutung war eine ganz andere. Wer in dem Gremium sich befand, aus dem die Richter genommen wurden, war verpflichtet, das Richteramt, wenn es ihn traf, zu übernehmen;[y]) es war eine Last für den Senat, die bei den Civilsachen nicht wie bei den Criminalgerichten durch ein Standesinteresse aufgewogen wurde, dieser Sinn liegt den Gesetzen August's und seiner Nachfolger zu Grunde (§ 88 a. E.). In den Municipien wurden die Richter, wie früher in Rom aus dem Senat, aus der Curie genommen, so daß das album decurionum zugleich das album iudicum bildete, mit Ausnahme der gegen das munus iudicandi Excursirten. In den Provinzen bestanden über die Wahl der Richter verschiedene Vorschriften nach den besonderen Verfassungen derselben (§ 67); soweit nun eine Rechtssache hiernach nicht besonderen durch die Parteien gewählten oder durch Gesetz bestimmten Richtern zukam, wurden die Richter aus der Zahl derer genommen, die der Vorstand der Provinz aus dem conventus civium romanorum ausgewählt hatte, es gab also auch hier ein album iudicum selectorum.[z])

Neuerdings ist in einer höchst lehrreichen Darstellung des Unterschieds zwischen iudicia und arbitria behauptet worden, das album iudicum sei nur für die iudices im eigentlichsten Sinn im Gegensatz zu den arbitri bestimmt gewesen, diese letzteren hätten (versteht sich ganz abgesehen von jener Uebereinkunft der Parteien, die ja auch bei den ersteren möglich war) ganz frei gewählt werden können, ja dieß soll wesentlich zusammenhängen mit der weniger gebundenen Stellung und Urtheilsmacht der Arbitri, wobei so viel auf das persönliche Vertrauen der Parteien ankommen mußte.[aa]) Betrachten wir die

---

w) Das Consilium, das nach der Lex Aelia Sentia von 757, über die bei gewissen Freilassungen nachzuweisende iusta causa urtheilen soll, besteht in den Provinzen aus 20 Recuperatoren, in Rom aus 10 Judices, die zur Hälfte Senatoren, zur Hälfte Equites sein sollen. Dieß bringt Klenze (fragm. legis servil. p. XVI) in Verbindung mit der lex iudiciaria Cäsar's, welche die Richter auf jene beiden Stände beschränkte (§ 71 a. E.), und die sich daher auch auf Civilrichter bezogen habe. Es braucht nicht ausgeführt zu werden, aus wie mancherlei Gründen dieses Argument höchst prekärer Natur ist. [Auch Plinius (hist. nat. XXXIII 7) führt die Ordnung der Decurien auf August zurück. R. — Vgl. Mommsen Staatsrecht II (1877) S. 917 ff.]

x) Dieß geht hervor aus der Bestimmung über die Competenz der vierten Decurie: iudicaret de levioribus summis Suet. Octav. 32. So sagt denn Gellius XIV 2: Quo primum tempore a praetoribus lectus in iudices sum, ut iudicia, quae appellantur privata, susciperem —; der Gegensatz übrigens, den Gellius bei dem Ausdruck privata im Sinne hat, sind wohl nicht die Criminalprocesse, sondern die Centumviralsachen.

y) L. 13 § 2. 3 D. de vacatione et excus. munerum (50, 5) L. 18 § 14 D. de muner. (50, 4) Cic. philipp. V 5 Sueton. Octav. 32: ac plerisque iudicandi munus detrectantibus, vix concessit, ut singulis decuriis per vices annua vacatio esset —. Darauf bezieht sich auch L. 41 D. de recept. (4, 8): cum lege iulia cautum sit, ne minor viginti annis iudicare cogatur —; es ist damit sicherlich die Vorschrift gemeint, daß Personen unter 20 Jahren nicht auf das Album gesetzt werden sollen, der Jurist drückt diese Vorschrift anders aus wegen des Gebrauchs, den er in der angeführten Stelle davon macht (Note s). Dieselbe Bestimmung hat Sueton im Auge (Octav. 32): iudices a tricesimo aetatis anno allegit, id est quinquennio maturius quam solebant. Hier ist die Zahl 30 jedenfalls unrichtig; sie würde voraussetzen, daß vorher das Alter von 35 Jahren üblich war, während schon die Lex Servilia (cap. 6) XXX hat (auch diese überdieß wahrscheinlich durch einen Schreibfehler statt XXV). Dagegen wird die Zahl der Pandektenstelle durch ihren weiteren Inhalt bekräftigt, und es haben daher die Editoren nach Cujacius Vorgang (observ. 21, 32) bei Sueton das tricesimo mit Recht in vicesimo verwandelt.

z) Cic. Verr. II 13, 32 selecti iudices ex conventu proponi solent.

aa Savigny System des heutigen R. R. V S. 102. 103 vgl. 469. 643 ff.

innere Wahrscheinlichkeit dieser Ansicht, so leuchtet ein, daß der zuletzt erwähnte Punkt von entschiedenem Gewicht ist für die Zeit der legis actio per iudicis postulationem, wo die Arbitri dem ständigen Gericht der Decemvirn oder Centumvirn gegenüberstanden, und wo es sich darum handelte, gewisse Rechtssachen entweder diesem oder freigewählten Richtern zu übertragen. Dieses Gewicht verliert sich aber ganz und gar, wenn wir die Forderung einer ganz freien Wahl gegenüber einem aus allen achtbaren und tauglichen Classen der Gesellschaft sehr zahlreich besetzten Album denken.[bb]) Auf der andern Seite, wie sehr würde die Wichtigkeit, ja ich möchte sagen die Vernünftigkeit einer Einrichtung, die man als eine Angelegenheit von höchstem Belang behandelte, sich verringern, wenn man davon eine unberechenbar große Anzahl wichtigster Rechtssachen (alle bonae fidei iudicia und alle arbitrariae actiones, wohin die Eigenthums-, die Pfandprocesse und unzählige andere gehörten) ausgenommen, wenn man der Persönlichkeit solcher Richter, denen die Natur des Rechtsstreits wenig Gewalt ließ, Aufmerksamkeit geschenkt, ihre Wahl aus dem Album geboten, die Fälle dagegen, wo der Richter eine größere Macht hat, ihrem Schicksal und dem Belieben des Klägers überlassen hätte.[cc]) Innere Wahrscheinlichkeit also besitzt jene Ansicht nicht. An äußeren Gründen aber gebricht es ihr, so weit mein Urtheil reicht, gänzlich.[dd])

---

bb) Unter August waren bei tausend in jeder Decurie Plin. hist. nat. XXXIII 7.

cc) Um jene Ansicht zu behaupten, müßte vor allem ein Modus der Ernennung des Arbiter entdeckt werden, der gegen den Mißbrauch der freien Wahl dem Gegner eine Garantie darbot. Die Grundsätze über die Ernennung, die nachher mitgetheilt werden sollen, setzen offenbar die Wahl aus dem Album voraus.

dd) Savigny hat dafür Seneca de benef. III 7 angeführt. Hier kommt nämlich zuerst die oben Note q abgedruckte Stelle über iudices und arbitri vor, die Savigny von unserm Gegensatz versteht, sodann nach mehreren Zwischensätzen die Aeußerung: ubi id de quo sola sapientia decernit, in controversiam incidit, non potest ad haec sumi iudex ex turba selectorum, quem census in album et equestris hereditas misit. Diese zweite Stelle schließt Savigny unmittelbar an die erste, und glaubt, sie spreche von den arbitria im Gegensatz gegen die iudicia. Dieses Argument fällt, abgesehen von der Zulässigkeit dieser Verbindung, schon dadurch, daß die erste Stelle einen andern, als den von ihm vorausgesetzten Sinn hat (Note q). Auch daß man die arbitria als Processe bezeichnen könne: ubi id *de quo sola sapientia decernit*, in controversiam incidit, ist wohl unglaublich. Jeder Schein aber wird verschwinden, wenn wir diese Stellen in ihrem Zusammenhang betrachten. Sollte man nicht, fragt Seneca, die Undankbarkeit als eine Rechtsverletzung behandeln, gegen den Undankbaren also eine Klage (ingrati actio nennt er sie) geben? Er giebt sich viele Mühe, recht gründlich zu beweisen, daß dieß nicht angehe. Vor allem wäre es keine Wohlthat mehr, wenn der Wohlthäter die Dankbarkeit wie eine Contractsleistung einklagen könnte. Zweitens wäre es auch keine Dankbarkeit, die erzwungen werden könnte wie die Rückgabe eines Depositums oder eines Darlehns. Drittens würden alle Gerichte der Welt nicht hinreichen, um die Masse der Undankbarkeitsprocesse zu entscheiden. Viertens, es wäre unmöglich, ein einigermaßen bestimmtes Recht aufzustellen, nach welchem der Richter entscheiden sollte, es müßte alles auf sein subjectives Ermessen gestellt werden (hieher gehört die erste Stelle). Endlich wo wollten wir die Richter herbekommen, welche die epineusen Fragen: was ist Wohlthat, welchen Umfang hat sie, was ist Undankbarkeit? entscheiden könnten? Diese Richter, die solche philosophische Fragen entscheiden sollten, könnten wir nicht aus dem Album nehmen (zweite Stelle). Man sieht, der Gegensatz ist überall: Richter über Rechtspflichten und (problematische) Richter über die moralische Pflicht der Dankbarkeit, und wenn die Stelle irgend etwas beweist, so ist es dieß, daß alle Richter aus dem Album genommen wurden, was dann eben Seneca als ein Hinderniß der proponirten Undankbarkeitsprocesse aufführt. — Nachträglich hat sich Savigny noch auf Plin. hist. nat. I berufen. In der Zueignung an Titus gesteht Plinius sich das Bedenken, einen solchen Mann zum Urtheil aufzufordern. Hätte ich das Werk einfach publicirt, so konnte ich gegen dein Urtheil einwenden: warum machst du dich zum Richter, du standest nicht auf dem Album für diese Sachen, als ich die meinige anbrachte (cum hanc operam condicerem, non eras in hoc albo). Im Nothfall stand mir noch die reiectio offen. Das alles fällt nun weg, da ich dich selbst genannt habe, denn ein anderes ist es, einen Richter ohne Wahl überkommen, ein anderes,

Was die Ernennung der Richter für den einzelnen Fall anlangt, so ist die Sache am einfachsten, wenn die Parteien über eine Person vorher schon übereingekommen sind, der Magistrat giebt diesen Richter, wenn in Beziehung auf seine Fähigkeit kein Hinderniß entgegensteht. Eine solche Uebereinkunft aber hervorzubringen, ist auch in andern Fällen das Ziel, das durch das Verfahren bei der Ernennung herbeigeführt werden soll.[ee]) Der Kläger hatte das Recht einen Richter vorzuschlagen (iudicem ferre), und der Magistrat bestellte ihn, wenn der Gegner ihn nicht verwarf, was mit der Formel geschah: eiero iniquus mihi est.[ff]) Für diese Ejeration brauchten keine besonderen Recusationsgründe angeführt zu werden, aber eine von dem Magistrat als grundlos und muthwillig erkannte Weigerung setzte den Beklagten in die Lage dessen, der die Einlassung aus Ungehorsam ablehnt (§ 173). Das hier beschriebene Verfahren wird mit dem Ausdruck sumere iudicem bezeichnet. Bei Recuperatoren scheint in diesem Fall jede Partei einen oder mehrere bezeichnet, und dann der Magistrat ebenfalls einen als Obmann ernannt zu haben.[gg]) Aber es gab neben dem sumere iudicem (oder recuperatores) noch eine andere Verfahrungsart: das reiicere; diese bestand darin, daß der Prätor eine Anzahl von Richtern proponirt, von denen jede Partei eine gleiche Zahl rejiciren konnte, aus den übrigen ernannte der Prätor das Gericht.[hh]) In der dritten Periode ist der Einfluß der Magistrate auf die Constituirung des Gerichts erhöht, man entfernte sich mehr und mehr von jenem älteren Princip, das Cicero in der (Note ee) angeführten Stelle ausspricht; wahrscheinlich ist dieß schon durch die Gesetze August's über die Gerichte geschehen. Noch immer können

---

selbst einen erwählen (Note kk). Savigny legt ein großes Gewicht auf das Wort condicerem, womit Plinius ein iudicium im engsten Sinn im Gegensatz zu arbitrium ausdrücke, und indem er dort von dem Album spreche, hier eine freie Wahl voraussetze. Da aber nicht zu leugnen sein wird, daß Plinius ganz eben so, ohne daß irgend eine Pointe verloren ging, schreiben konnte, wenn alle Richter aus dem Album genommen wurden, so ist auch dieses Argument ohne Kraft. Denn alle die Momente, die Plinius erwähnt, auch die electio, mit der sich natürlich keine reiectio von Seiten des Wählenden verträgt, können bei den aus dem Album genommenen Richtern vorkommen, wie sich aus dem im Text Folgenden ergeben wird.

ee) Dieses Princip spricht die schon früher angeführte Stelle des Cicero aus: neminem voluerunt maiores nostri non modo de existimatione cuiusquam, sed ne pecuniaria quidem de re minima esse iudicem, nisi qui inter adversarios convenisset Cic. pro Cluent. 43. — Auf jene Uebereinkunft, die, wenn sie schon vor dem Proceß erfolgte, mit einer Strafstipulation bekräftigt ward, bezieht sich die von Festus (v. procum) mitgetheilte Bedingung der letzteren: si alium procas nive eum procas (sc. C. dare sondes?). Vgl. Rudorff Zeitschr. für gesch. Rechtswiss. XIII S. 197 Note 34.

ff) Cic. de orat. II 70 Verr. III 60.

gg) Huschke de recup. l. c. p. 245 sqq.

hh) Cic. Verr. III 11. 13. 60. [Die in diesen Stellen beschriebene Rejection bezieht sich auf die aus dem conventus gebildeten Richterdecurien, also auf die Provincialjurisdiction, daß aber auch in Rom ein ähnliches Verfahren galt, beweist die lex agr. v. 37. 38 *cos.* pr*aetor* prove pr*aetore* quo in ius adierint — *recuperatores ex civ*ibus L. quei classis primae sient XI dato, inde alternos d*umtaxat quaternos is qui petet et is unde petetur quos volent reiciant facito* (nach Mommsen's Ergänzung Zeitschrift für gesch. Rechtswiss. XV 1850 S. 323 Corp. inscr. Lat. I p. 81); in einem gewissen Fall werden funfzig Recuperatoren decuriirt, für jeden Proceß eine Decurie gegeben und ein Ungerader darüber, davon kann jede Partei, und zwar immer eine um die andere, bis zu vier verwerfen, so daß mindestens drei, möglich aber auch fünf, sieben, neun, übrig blieben. Nach dem edictum Venafranum v. 64 f. (Mommsen a. a. O. S. 324. 325. Orelli-Henzen n. 6428) muß die Rejection an einem Tage geschehen, an welchem die Recuperatoren, die also dabei zugegen sein müssen, nicht anderweit als Richter in einem iudicium publicum oder privatum in Anspruch genommen sind, dum reciperatorum reiectio inter eum qui aget et eum cum quo agetur ita fie(*t ut lege Iulia*) quae de iudiciis privatis lata est licebit oportebit. R.]

die Parteien über einen Richter übereinkommen, und diesen giebt dann der Prätor (iudicem addicit),[ii] das Recht des Klägers einen Richter zu wählen scheint noch in einigen Fällen vorgekommen zu sein,[kk] in der Regel aber ging die Wahl aus den iudices selecti von dem Magistrat aus, der dabei, damit nicht die zum Richteramt Berufenen allzuungleich belastet würden, ohne Zweifel eine Reihenfolge in der Zuweisung der Rechtssachen beobachtete.[ll] Die Parteien behielten nur das Recusationsrecht. Daß der namentliche Vorschlag durch die Parteien als Regel weggefallen war, zeigt ein Rescript Hadrian's, nach welchem gerade ein namentlich erbetener Richter nicht ohne besondere Genehmigung des Princeps gegeben werden sollte.[mm]

Am Ende der dritten Periode kommt in mehreren Stellen zur Bezeichnung der Richter, von denen hier die Rede war, der Ausdruck iudex pedaneus vor.[nn] Dieser Name, welcher der classischen Terminologie fremd ist, wurde ohne Zweifel dadurch veranlaßt, daß für die Magistrate selbst der Name iudex immer gewöhnlicher geworden war; wie nun die Decurionen, die keinen Magistrat bekleidet hatten, pedanei genannt wurden (§ 58 Note d), so ist dasselbe Beiwort auf die bestellten Richter übertragen worden, um sie von den »iudices«, welche Magistrate sind, zu unterscheiden.[oo]

C. Die Parteien.

CLV. Die Aufgabe der Parteien ist es, die Anträge vor Gericht, in iure und in iudicio, zu stellen, wodurch sie dasselbe zur Thätigkeit und zum Schutz ihrer Rechte auffordern, überhaupt und in Beziehung auf alle einzelnen Handlungen, die von dem Magistrat oder dem Richter zu diesem Zweck erwartet werden. Diese Thätigkeit heißt in der alten Rechtssprache orare, perorare, später postulare, insbesondere wird die Stellung der Anträge vor dem Magistrat mit diesem Wort bezeichnet.[a]

Ihre Anträge, mit denen zugleich eine dieselben begründende Ausführung verbunden sein kann, konnte die Partei selbst stellen, oder sich dazu des Organs eines Andern bedienen, und in beiden Fällen wurden auch wohl noch andere Personen zugezogen, um der Sache durch ihr Ansehen, ihren Rath und die Geschicklichkeit der Rede förderlich zu sein. Der Prätor hat einen eigenen Abschnitt in seinem Edict über die Personen, denen das Postuliren gestattet ist oder nicht.[b] Gewissen Personen hat er das Postuliren gänzlich versagt, dieß

---

ii) L. 80 D. de iudic. (5, 1).

kk) Quintil. inst. or. V 6: — sicut nec optio iudicis adversario est permittenda, nec ex advocatis partis adversae iudex eligendus. Plin. hist. nat. I: — plurimum refert, sortiatur aliquis iudicem an eligat.

ll) Wie bei den Decurionen ein Turnus in Beziehung auf die Munera überhaupt stattfand.

mm) Observandum est, ne is iudex detur, quem altera pars nominatim petat, id enim iniqui exempli esse D. Hadrianus rescripsit, nisi hoc specialiter a principe ad verecundiam petiti iudicis respiciente permittetur L. 47 D. de iudic. (5, 1).

nn) Ulpian. L. 4 D. de tutor. dat. (26, 5): Praetor ipse se tutorem dare non potest, sicut nec pedaneus iudex nec compromissarius ex sua sententia fieri potest. L. 3 § 1 D. ne quis eum (2, 7) L. 1 § 6 D. de postul. (3, 1) Paul. sent. V 28, 1 Dioclet. L. 2 C. de pedan. iud. (3, 3). Die Griechen gebrauchen dafür das Wort χαμαιδικαστής. Vgl. z. B. Theophil. paraphr. IV 15 pr.

oo) Dieß ist auch die Ansicht Hollweg's Handbuch I S. 141. [Civilproceß II S. 104.]

a) Postulare autem est, desiderium suum vel amici sui in iure apud eum, qui iurisdictioni praeest, exponere, vel alterius desiderio contradicere L. 1 § 2 D. de postulando (3, 1).

b) Dig. III 1: de postulando; 2: de his qui notantur infamia.

sind die minores decem et septem annis und die gänzlich Gehörlosen, die daher einen Fürsprecher haben müssen; andern verstattet er für sich, aber nicht für Andere zu postuliren (als Fürsprecher): Frauenspersonen, Blinden, gewissen Infames; noch andere endlich können für sich und für gewisse andere Personen (mit denen sie durch besondere Pietätsverhältnisse verbunden sind) postuliren: alle Infames außer den in die zweite Classe gehörigen, und die durch besondere Gesetze auf diese Weise beschränkt sind. Von dem Recht zu postuliren ist übrigens das Recht vor Gericht zu erscheinen unterschieden: Kinder und Wahnsinnige können wegen ihrer vollständigen Handlungsunfähigkeit überhaupt nicht als bei irgend einer Handlung gegenwärtig betrachtet werden, also kann bei ihnen von einem Postuliren nicht einmal durch einen Fürsprecher die Rede sein.

In Beziehung auf die Unterstützung, die den Parteien durch Andere im Proceß gewährt wird, werden in der zweiten Periode zwei Classen von Personen unterschieden: 1) die advocati, welche durch ihren rechtlichen Rath, und, indem sie die Partei vor Gericht begleiteten, ohne übrigens in die Verhandlungen selbst einzugreifen, durch ihr Ansehen behülflich waren; 2) die oratores oder patroni, welche als Fürsprecher auftraten, die Anträge stellten, oder in iudicio die Sache verfochten.[c]) In der dritten Periode dagegen ist der Name advocatus auf diese letzteren übergegangen, so daß advocatus, causidicus, patronus gleichbedeutende Ausdrücke geworden sind; das Geschäft des advocatus im älteren Sinn ist weggefallen, denn die angesehenen iurisconsulti erschienen nicht selbst vor Gericht, sondern ertheilten ihre Responsa schriftlich, und die Thätigkeit der Rechtskundigen (pragmatici), welche den Rednern beigesellt wurden, um sie auch während der Verhandlungen selbst mit ihren juristischen Kenntnissen zu unterstützen und anzuleiten, war dem Beruf der alten advocati kaum zu vergleichen.[d]) — Die Lex Cincia 550 fand es nothwendig, die Annahme von Belohnungen für die Unterstützung einer Partei als Patronus zu untersagen: ne quis ob causam orandam pecuniam donumve accipiat.[e]) Schon damals war es gewöhnlich geworden, den Rednerberuf um des eigenen Vortheils willen zu üben, das Gesetz verbot nur seine Ausübung um Geldgewinn, unter den Imperatoren war dieser der einzige äußere Lohn, welcher zu hoffen war, die Aufrechthaltung des Verbots würde ihn nur gesteigert haben, das Zweckmäßigste war, ihn mit gesetzlicher Beschränkung zuzulassen.[f])

CLVI. Durch die Zuziehung eines Advocaten wird das Subject des Processes nicht verändert, aber die eigentlichen Parteien können in der Führung des Processes selbst von Andern vertreten werden. Während der Advocat nur das Organ der Partei ist, die den Proceß führt, übernimmt der Stellvertreter (Procurator ꝛc.) die Proceßführung selbst an der Stelle des Klägers oder Be-

c) Schol. ad Cic. divin. § 11 (Orell. p. 104): Qui defendit alterum in iudicio, aut patronus dicitur, si orator est, aut advocatus, si aut ius suggerit aut praesentiam suam commodat amico. —

d) So beseitigt sich wohl das Bedenken, welches Rudorff (Zeitschr. für gesch. Rechtswiss. VIII S. 59 ff.) gegen das Verschwinden der alten advocatio erhoben und durch mehrere Quellenzeugnisse unterstützt hat.

e) Tac. annal. XI 5. XIII 42. Liv. XXXIV 4.

f) Das höchste Maß war für eine einzelne Rechtssache 10 000 Sesterze, 100 Aurei Tac. annal. XI 6. 7 Sueton. Nero 17 Plin. ep. V 21 Ulpian. L. 1 § 10—13 D. de extrao. cogn. (50, 13): in honorariis advocatorum ita versari iudex debet, ut pro modo litis, proque advocati facundia, et fori consuetudine, et iudicii, in quo erat acturus, aestimationem adhibeat, dummodo licitum honorarium quantitas non egrediatur.

klagten, so daß diese letzteren bei dem Verfahren gar nicht in Thätigkeit treten.[a])

Die Möglichkeit, seine Processe durch einen Andern führen zu lassen, war ursprünglich sehr beschränkt. Diese Beschränkung lag in der Form des ältesten Verfahrens selbst. Die feierlichen Worte, die bei der Legis Actio vorgeschrieben waren, sind von der Beschaffenheit, daß der Kläger sich selbst das Recht, das er geltend machte, zuerkennen mußte, ebenso mußte der Beklagte das Subject sein, gegen das der Anspruch gerichtet war; daher war eine Stellvertretung nicht denkbar, bei der man fremde Ansprüche verfolgt, fremde Verbindlichkeiten läugnet.[b]) Doch konnte man nicht umhin gewisse Ausnahmen zuzulassen:[c]) es konnte pro populo ein Stellvertreter handeln, d. h. ein Recht des Staats oder einer Gemeinde konnte von einem Bevollmächtigten oder sonst dazu Berechtigten verfolgt werden, ferner pro libertate, da wenn über die Freiheit einer Person gestritten ward, diese selbst, deren Freiheit angefochten wurde, nicht als proceßführende Partei auftreten konnte, indem sie der Gegenstand des Rechtsstreits war.[d]) Eine Lex Hostilia machte eine Ausnahme (zu Gunsten derer, die in feindlicher Gefangenschaft oder reipublicae causa abwesend, oder deren Tutoren in diesem Fall seien,) für die actio furti, die statt ihrer von einem Stellvertreter sollte angestellt werden können; eine ähnliche Ausnahme für eine gewisse Klage machten die leges repetundarum (calpurnia, iunia, servilia), indem sie für den Civilanspruch gegen den Angeklagten eine legis actio gaben, die durch einen von den Verletzten bestellten legis actor (einen römischen Bürger) durchgeführt wurde.[e]) Die Zwölf Tafeln ferner enthielten die Vorschrift, daß die auf den höchsten Grad der Körperverletzung gesetzte Talio, durch deren Androhung der Thäter zur unbedingten Abfindung mit dem Verletzten gezwungen wurde, von dem nächsten Agnaten des letzten gesucht werden solle.[f]) Ohne

---

a) Gai. IV 82—87. 97—101. Paul. sent. I 2: de cognitoribus. 3: de procuratoribus. Fragm. vatic. de cognitoribus et procuratoribus § 317 sqq. Dig. III 3: de procuratoribus et defensoribus. 4: quod cuiuscunque universitatis nomine vel contra eam agatur. Bethmann-Hollweg über Repräsentation im Proceß, Versuche 1827 S. 138—249.

b) Nemo alieno nomine lege agere potest L. 123 pr. D. de R. I. (50, 17).

c) Gai. IV 82 pr. I. de his per quos ag. poss. (4, 10). [Der heres konnte (als Repräsentant des Erblassers) klagen: id, quod defuncti fuit, suum esse, id, quod defuncto debeatur, dari sibi oportere. Gai. IV 34. Vgl. Ihering Abhandl. (1844) S. 185 f. Ehe die Repräsentation im Proceß durch Cognitoren und Procuratoren anerkannt war, half man sich durch Adstipulatoren und Adpromissoren, namentlich Sponsoren und Fidepromissoren, die überhaupt als ein Surrogat der Procuratur für die Legis Actiones und legitima iudicia betrachtet werden müssen. So erklärt sich die Zusammenstellung mit dem Advocaten (Cic. Pis. 9 advocato aut adstipulatore), ferner die bloß persönliche Berechtigung und Verpflichtung (Gai. III 114, 120), endlich die gewerbliche Natur der Adstipulation (Auct. ep. ad. Octav. — esse quendam, cuius avus fuerit argentarius, adstipulator pater, uterque vero precarium quaestum fecerit). Durch die Zulassung von Stellvertretern im Proceß verschwand die Adstipulation bis auf den Fall bei Gai. III 117: cum ita stipulamur, ut aliquid post mortem nostram detur. Der Tutor mußte wo möglich Auctoritas geben. L. 1 § 2 D. de adm. tut. (26, 7). Ueberdieß stehen die Correalobligationen und die Delegationen ursprünglich mit dem Grundsatz nemo alieno nomine lege agere potest in Verbindung. Um die Rechtsverfolgung zu ermöglichen oder zu erleichtern, mußte man, so lange eine Bevollmächtigung nicht möglich war, den Cessionar oder Mitbetheiligten in die Obligation selbst aufnehmen, damit er suo nomine klagen könne. Gai. 4. 38 L. 31 § 1 D. de novat. (46, 2). R.]

d) Fragm. vat. § 324 wird die adsertio (bei der liberalis causa) mit der cognitura zusammengestellt. In der ältesten Sprache heißt der Assertor vindex, er kommt nicht bloß bei dem Streit über die Freiheit, sondern auch zur Abwendung der Folgen der Manus Injectio vor § 162.

e) Klenze fragm. leg. servil. p. XII.

f) Cato bei Priscian VI (p. 710 Putsch.) Cato tamen *os* (für *ossum*) protulit in IV

Zweifel geschah dieß im Weg einer legis actio, so daß auch dieser Fall den angeführten Ausnahmen sich anreiht. Endlich wird eine von Gaius übergangene, von den justinianischen Institutionen aus einer andern Schrift nachgetragene Ausnahme so bezeichnet, daß pro tutela eine legis actio von einem Stellvertreter statthaft sei. Theophilus in seiner Paraphrase der Institutionenstelle erklärt dieß von einem Streit über die Tutel unter mehreren Prätendenten. Man pflegt diese Erklärung als absurd zu verwerfen, es könnte ihr indessen, so ungeschickt er sie ausgeführt hat, eine sichere Nachricht zu Grunde liegen. Die gesetzliche Tutel über Frauen konnte in iure cedirt werden (Gai. I 168), sie war also ein Gegenstand der Vindication. Bei diesem Rechtsstreit fand man es nöthig, die Vertretung eines persönlich verhinderten Berechtigten zuzulassen. Noch mehr war man dazu veranlaßt, wenn es sich um in iure cessio (auch eine Legis Actio) handelte, die vielleicht gerade darum als Bedürfniß erschien, weil der legitimus tutor verhindert war, der Frau den Beistand zu leisten, dessen sie bedurfte, ein Hinderniß, das ihn auch abhalten konnte, in eigener Person jene Legis Actio vorzunehmen.[g])

Bei dem neuern Verfahren durch formulae lag in der Form kein Hinderniß mehr für die Proceßführung durch Stellvertreter. Denn in der Formel kann einem Andern das geltend gemachte Recht oder, bei dem Beklagten, die Haftung zugeschrieben, auf oder gegen einen Andern das Ziel des Processes, das Urtheil des Richters (Condemnation oder Absolution) gestellt werden, indem z. B. der Richter angewiesen wird, den Beklagten in das, was er dem A schuldet, dem Stellvertreter des A, oder in das, was A dem Kläger schuldet, den für A den Proceß führenden Stellvertreter zu condemniren (§ 166 a. E.). Mit dieser allgemeinen Möglichkeit ist indessen keineswegs eine Begünstigung der Repräsentation verbunden, das alte Recht hatte den bedeutenden materiellen

---

originum: si quis membrum rupit aut os fregit, talione proximus cognatus ulciscitur. [Allerdings gestatten die Zwölf Tafeln nur bei dem membrum ruptum Talion, dennoch ist die Hinweisung auf sie allzu sichtbar, um mit Dirksen Zwölf Tafeln S. 517 und Keller Civilpr. § 54 Note 642 anzunehmen, Cato habe die Institutionen eines andern Staats als des römischen vor Augen gehabt. R.]

g) S. über die verschiedenen Meinungen die Noten zu Theophilus von Reiz und Zimmern röm. Civilpr. § 155 a. E. [v. Scheurl Beitr. (1854) Num. 13 S. 11 und Ihering Geist des röm. Rechts II S. 106, nach welchem Auctoritas gemeint wäre und der Proceß des Infans waren müßte. Dagegen Keller röm. Civilpr. (1855) § 54 Note 631. R.] Hält man die Erklärung des Theophilus lediglich für seine eigene Erfindung, so würde sich, wie ich glaube, folgende rechtfertigen lassen. Die Vormundschaft tritt in dem ältesten Recht als eine potestas auf, sie machte den Vormund zum rechtlichen Subject des Vermögens und setzte ihn dadurch in den Stand, Processe durch L. A. zu führen, ohne daß darin formell eine Stellvertretung lag. Später wurde die Stellung des Vormunds reducirt auf administratio und, bei Tutoren, auf auctoritas, mit welcher der Pupill die L. A. selbst vornahm (Gai. I 184). Für die Fälle nun, wo dieser letztere Weg nicht eingeschlagen werden konnte, fand man es nöthig, die Folge des alten Princips als Ausnahme beizubehalten, und dieß wären dann die Fälle der legis actio pro tutela gewesen, so daß hier dieser Ausdruck so viel als kraft der Tutel bedeutete. Man kann aber auch noch folgenden Fall hierher ziehen. Wenn jemand durch einen Andern klagen wollte, konnte er dieß schon zur Zeit der ausschließlichen Herrschaft der Legis Actiones dadurch ins Werk setzen, daß er demselben das Recht, z. B. das Eigenthum, das er verfolgen wollte, übertrug (namentlich durch In Jure Cessio), mit der Verpflichtung, das Empfangene zurückzugewähren. Dieß hieß in tutelam dare. Ein Beispiel giebt die Uebertragung des gesammten Vermögens auf den familiae emtor, auf daß es in seiner „mandatela tutela custodelaque“ sei, bei dem testamentum per aes et libram in seiner ältesten Gestalt (Gai. II 104). Dieser familiae emtor hatte das Vermögen an die, denen der Testator es zudachte, zu vertheilen: er selbst war nicht Erbe, aber er vertrat den Testator vermöge der ihm überlassenen tutela, auch in Processen, die, um die Güter für die Austheilung zusammenzubringen, geführt werden mußten.

Vortheil gehabt, daß es die Parteien nöthigte, selbst vor Gericht zu erscheinen, was der Ermittelung der Wahrheit vortheilhaft war, man konnte nicht geneigt sein, diesen Vortheil durch eine zu weit getriebene Erleichterung der Repräsentation gänzlich aufzugeben. Eine Beschränkung ließ der Prätor dadurch eintreten, daß er gewissen Personen untersagte, sich vertreten zu lassen, nämlich den Infames, welche die ungünstige Stellung, worein sie ihre Ehrenminderung versetzte, nicht durch Vorschiebung eines Andern sollten verbessern können.[h] Sodann können gewisse Personen nicht Stellvertreter sein: Frauenspersonen,[i] eben so Soldaten,[k] Infames, soweit sie nicht postuliren können.[l] Von den Imperatoren wurde verboten, angesehenen und mächtigen Personen zum Nachtheil des Gegners, der ihnen gegenüber in eine ungünstigere Lage kommt, die Führung der Processe zu übertragen.[m] Eine dritte Beschränkung endlich liegt in der Stellung, welche der Repräsentant dem Recht nach hat; die Stellvertretung selbst nämlich ist keineswegs überall eine so vollkommene, daß die Handlungen des Repräsentanten ihrer Wirkung nach so betrachtet würden, als hätte sie der Dominus selbst vorgenommen. In dieser Beziehung aber ist ein Unterschied zwischen den verschiedenen Arten von Stellvertretern.

Stellvertreter kann jemand sein vermöge eines Auftrags von Seiten der eigentlichen Partei (des Dominus), solche sind die cognitores und procuratores, oder vermöge eines Amts, solche sind die tutores und curatores, die durch ihre Bestellung als Vormünder auch zur Führung der Processe ihrer Mündel berufen sind,[n] und die actores für Municipien und andere juristische Personen, endlich ist ein Stellvertreter auch ohne Auftrag und Amt möglich.

Cognitor ist der Stellvertreter, welcher in Gegenwart des Gegners für diesen Rechtsstreit bestellt wird (z. B. von Seiten des Klägers: quod ego a te fundum peto, in eam rem Lucium Titium tibi cognitorem do, von Seiten des Beklagten: quod tu a me fundum petis, in eam rem Publium Maevium cognitorem do). Es sind certa und quasi sollemnia verba, durch welche die

---

h) Gai. IV. 124. Fragm. vat. § 322. 323 § ult. I. de except. (4, 13). Umgekehrt ist in einem Gesetz der vierten Periode höheren Staatsbeamten geboten worden, daß sie ihre Processe durch Stellvertreter führen, damit sie nicht durch ihr persönliches Erscheinen die Unbefangenheit der Gerichte beeinträchtigen möchten L. 25 C. de procur. (2, 13). [In dieser Beziehung ist zwischen den Geschlechtern kein Unterschied. Frauenspersonen sind durch ihr Geschlecht nur verhindert für Andere aufzutreten und gerichtliche Bürgschaften zu leisten, die Intervention ist ein Männergeschäft. Das Recht sich vertreten zu lassen (Fragm. Vat. 325. 326 L. 21 C. de proc. 2, 13) verwirken sie dagegen erst durch die Infamie z. B. durch den Bruch der Wittwentrauer, durch Doppelverlöbniß und Bigamie, oder durch dolose Vorgeben der Schwangerschaft, vgl. Karlowa Zeitschrift für R. G. X (1870) S. 222. Insofern kam die Infamie auch bei Frauen in Betracht und zwischen der activen und passiven Vertretung bestand ein erheblicher Unterschied. R.]

i) Der Prätor erlaubt es causa cognita, wo eine sittliche Pflicht sie dazu antreibt L. 41 D. de procur. (3, 3) L. 2 § 3 D. de lib. causa (40, 12); ausgenommen ist auch der Fall, wo sie das Recht eines Andern in eigenem Interesse und für eigene Rechnung geltend zu machen haben Paul. sent. I 2, 2.

k) L. 8 § 2 D. de procur. (3, 3).

l) Paul. sent. I 2, 1. Fragm. vat. § 324. Es ist dieß eine Ausdehnung der Unfähigkeit zu postuliren auf ein anderes Rechtsinstitut, aber eine ganz nahe sich darbietende, wenn das beiden gemeinschaftliche Moment des Auftretens für einen Andern hervorgehoben wird. Justinian hat die Unfähigkeit der Infamen, als Stellvertreter zu fungiren, aufgehoben § ult. I. de except. (4, 13). Die zu postuliren hat er beibehalten, was sich aus der Ausbildung der Advocatur zu einem öffentlichen Amt erklärt.

m) Cod. II 13 ne liceat potentioribus patrocinium litigantibus praestare vel actiones in se transferre. II 17: ne fiscus vel respublica procurationem alicui patrocinii causa in lite praestet.

n) Vgl. über das Recht zur Zeit der Legis Actiones Note g.

Bestellung geschieht,[o]) doch nicht in dem Sinn, daß die einzelnen Ausdrücke genau beibehalten werden müßten, daher die Bestellung auch in griechischer Sprache geschehen kann.[p]) Das Wesentliche ist, daß die Bestellung für diesen Rechtsstreit selbst und speciell — in litem, in eam rem,[q]) und coram adversario geschehe, der Bestellte selbst kann anwesend sein. Diese förmliche Bestellung bewirkt nun, daß der Cognitor wirklich in locum domini substituirt, und domini loco ist, so daß seine Proceßführung für und gegen den Dominus alle die Wirkungen hat, wie wenn dieser selbst gehandelt hätte. Seine Rechtssache wird von dem Cognitor anhängig (res in iudicium deducitur) und von dem Ausgang des Processes abhängig gemacht, er muß die Proceßführung des Cognitor wie seine eigene gegen sich gelten lassen, er kann nicht wieder klagen (§ 172. 175); wird der Gegner condemnirt, so hat er, der Dominus, die actio iudicati gegen ihn, und eben so kann er mit dieser Klage belangt werden, wenn der Cognitor, den er (als Beklagter) bestellt hat, condemnirt worden ist. Nur in einem Punkt ist hier eine Beschränkung, welche die Stellvertretung erschwert: wer als Beklagter einen Cognitor stellt, muß für ihn Caution durch Bürgen wegen Leistung dessen geben, in das er condemnirt werden würde, satisdatio iudicatum solvi, auch wo er in eigner Person den Proceß übernehmend dazu nicht verpflichtet wäre.[r])

Bei allen andern Stellvertretern ist der Grund ihrer Repräsentanteneigenschaft dem Proceß selbst an sich ganz fremd, sie sind nicht in litem ernannt in dem Sinn, daß ihre Bestellung als eine vorbereitende Proceßhandlung betrachtet werden könnte, wenn sie auch vielleicht für diese bestimmte Lis (in litem in diesem Sinn) bestellt sind. Die Bestellung eines Tutors oder Curators, eines Actors, der Auftrag, wodurch jemand zum Procurator gemacht wird, der Entschluß, den jemand faßt, sich der Angelegenheiten eines Andern ohne Auftrag anzunehmen, ist kein Act, der in irgend einer Hinsicht ein Bestandtheil des zu erhebenden Processes, eine processualische Handlung genannt werden könnte. Am nächsten lag die Zulassung der Actores, die ja schon im ältesten Proceß verwilligt war; auch bei den Vormündern kamen Fälle dringenden Bedürfnisses vor, sie von der Möglichkeit der Stellvertretung Gebrauch machen zu lassen; ein bedeutender Schritt aber gehört dazu, um jemanden schlechtweg auf den Grund eines erhaltenen Auftrags die Proceßführung im Namen eines Andern zu gestatten, und den Gegner zu nöthigen, sich mit demselben einzulassen. Dieser Schritt geschah, als die Umstände dazu nöthigten, indem die Entfernung der Parteien von einander die Bestellung eines Cognitor oftmals verhinderte, vielleicht anfangs so, daß der Prätor für die Zulassung eines Procurators sich eine causae cognitio vorbehielt, bald aber mit allgemeiner Gestattung. Der Auftrag hat durchaus nicht den Charakter der wirklichen Constituirung eines Stellvertreters, er ist vielmehr nur das Motiv der Zulassung desselben, in

o) Gai. IV 83. 97.

p) Vat. fragm. § 318. 319.

q) Doch braucht die Klage nicht namentlich bezeichnet zu sein, es ist eine gültige Bestellung, wenn gesagt wird: quod ego tecum agere volo (quando tu mecum agere vis), in eam rem cognitorem do Gai. IV 83. Huschke (Zeitschr. für gesch. Rechtswiss. XIII S. 306 ff.) will diese Formel auf einen vor der Erhebung des Rechtsstreits, die oben im Text stehende auf einen nach der Litiscontestation gegebenen Cognitor beziehen. Es darf indessen bezweifelt werden, ob ein Cognitor jemals nach der L. C. gegeben worden ist, und, wenn dieß geschehen wäre, ob das peto jener Formel von einer durch das erste Stadium des Verfahrens schon hindurchgeführten Sache verstanden werden muß.

r) Gai. IV 101. Vat. fragm. § 317.

Beziehung auf welches nicht einmal ein sofortiger Beweis gefordert wird.[s]) War man einmal so weit gegangen, so ließ sich wohl behaupten, auch ohne Mandat sei jemand zuzulassen, wenn er sich nicht böslicher Weise, sondern in guter Absicht der fremden Sache annehmen wollte. Am unbedenklichsten ist dieß bei der Uebernahme einer Klage für den Beklagten (als defensor im eigentlichen Sinn), und hier war es zugleich ein dringendes Bedürfniß wegen der Nachtheile, die dem abwesenden oder sonst verhinderten indefensus drohten;[t]) auch die Möglichkeit einer Klage ohne Vollmacht wird im allgemeinen vorausgesetzt, aber wirklich nur unter besonderen Umständen, namentlich für nahe verbundene Personen, zugelassen.[u])

Da nun bei allen diesen Stellvertretern der Dominus über den Proceß gar nicht in verbindlicher und processualischer Weise disponirt hat, so wird er 1) durch die Klage des Procurator ꝛc. nicht gehindert, sein Recht, wie wenn jener nicht geklagt hätte, geltend zu machen, sein Recht ist nicht in iudicium deducirt, der Gegner kann sich nicht auf den Auftrag berufen, da dieser etwas ganz außerhalb des Processes liegendes und nur zwischen dem Mandaten und Mandatar von Wirkung ist, er ist daher nicht sicher, daß der Dominus die Handlungen des Procurators wie die seinigen gelten lassen wird. Der Gegner kann daher von dem Procurator Sicherheit gegen die Nichtanerkennung des Processes und seines Erfolgs durch den Dominus fordern, diese Caution leistet der Procurator durch die satisdatio ratam rem haberi, wodurch Ersatz des Nachtheils oder auch eine bestimmte Summe von ihm und den Bürgen versprochen wird, im Fall der Dominus irgendwie die Proceßführung desselben nicht genehmigen würde.[v]) Dasselbe gilt von den Tutoren und Curatoren, nur wurde diesen schon zu Gajus Zeit zuweilen die satisdatio de rato erlassen.[w]) Dagegen hat 2) der Dominus auch kein unmittelbares Recht aus der Proceßführung des Procurators ꝛc. Ist der Gegner diesem condemnirt, so hat nicht der Dominus die actio iudicati, sondern der Procurator, an den sich der Dominus kraft des unter ihnen bestehenden Verhältnisses halten muß.[x]) Tritt endlich 3) für den Beklagten ein solcher Repräsentant auf, so gilt auch hier dasselbe Princip. Wird er condemnirt, so kann die actio iudicati nur gegen ihn, nicht gegen den Dominus angestellt werden, der Repräsentant muß die satisdatio iudicatum solvi leisten.[y]) So war also die Repräsentation außer der Cognitur

---

s) Gai. IV 84: — saepe mandatum initio litis in obscuro est, et postea apud iudicem ostenditur.

t) L. 33 § 2 D. de procur. (3, 3): publice utile est absentes a quibuscunque defendi —. L. 1 D. de negotiis gestis (3, 5): Hoc edictum necessarium est, quoniam magna utilitas absentium versatur, ne indefensi rerum possessionem aut venditionem patiantur etc. S. unten § 160.

u) Gai. IV 84 L. 35 pr. L. 40 § 4 D. de procur. (3, 3) L. 3 § 3 D. iudic. solvi (46, 7) L. 5 § 14 L. 7 pr. D. de neg. gest. (3, 5).

v) Gai. IV 98: procurator vero si agat, satisdare iubetur ratam rem dominum habiturum, periculum enim est, ne iterum dominus agat, quod periculum non intervenit, si per cognitorem actum fuerit etc. [In diesem periculum liegt aber schwerlich, daß der Dominus unter allen Umständen noch einmal hätte klagen können. Schon Cic. ad Att. 16, 15: neque enim illi (die Procuratoren des Beklagten) litem contestabuntur: quo facto non sum nescius sponsores liberari, setzt offenbar voraus, daß der verus procurator ins Judicium deducire und consumire: Huschke über Cicero's Forderung an Dolabella, Zeitschr. für gesch. Rechtsw. XIV, 2 (1848). R.] Dig. XLVI 8: ratam rem haberi et de ratihabitione.

w) Gai. IV 99.

x) Vat. fragm. § 317.

y) Vat. fragm. § 317. Gai. IV 101.

nur eine höchst unvollkommene, wovon vielleicht nur der Fall eines Actor auszunehmen ist, der schon früh, wenn kein Zweifel an seiner wirklichen Bestellung obwaltete, vermöge des schon zur Zeit der Legis Actiones für ihn geltenden Repräsentationsrechts, dem Cognitor gleichgestellt worden zu sein scheint.[z]) Noch ist eine Ungunst gegen Procuratoren zu erwähnen, worin eine Erschwerung dieses Verhältnisses lag, daß nämlich, wer als Procurator für einen Kläger auftrat, alle Klagen gegen seinen Dominus, auch von Andern als den von ihm Belangten als Defensor zu übernehmen genöthigt wurde.[aa])

Auf die so eben beschriebene unvollkommene Art ließ das prätorische Edict Stellvertreter außer den Cognitores zu. Noch das unter Hadrian redigirte Edict ging nicht über jene Grundsätze hinaus, die auch Gajus mit geringen Milderungen (Note w) als geltendes Recht vorträgt. Von da an veränderte sich das Recht, indem man weniger Gewicht auf den formellen und processualischen Act, durch welchen der Cognitor bestellt wird, als auf die Existenz und Sicherheit der Vollmacht legte. Während früher durch jenen Umstand die Cognitur von allen andern Stellvertretungen in ihrer Wirkung geschieden wurde, stellte man jetzt dieses materielle Princip als Richtschnur für die Wirksamkeit der Repräsentation auf. Dem zu Folge hat sich nun die Sache so gestaltet: 1) In iudicium deducirt wird das Rechtsverhältniß, welches den Gegenstand des Processes ausmacht, von jedem, der durch einen Auftrag oder ein Amt zur Proceßführung für einen Andern berufen ist, also auch durch Procuratoren und Vormünder, nur vorausgesetzt, daß sie dieß wirklich sind,[bb]) und dieselbe Wirkung hat eine nachfolgende Ratihabition.[cc]) Der Dominus muß die Proceßführung des Repräsentanten gegen sich gelten lassen, er kann die Klage so wenig wiederholen, wie wenn er sie selbst angestellt hätte. Die cautio de rato ist daher nur dann nothwendig, wenn die Vollmacht oder ihre Fortdauer (da sie ja widerrufen oder durch den Tod des Dominus erloschen sein könnte) nicht vollkommen gewiß ist.[dd]) Dieß zu beurtheilen, hing zunächst von dem Ermessen des Magistrats ab, in Beziehung auf den Procurator aber wurde die feste Regel geltend, daß ein procurator praesentis, d. h. den der Dominus persönlich vor Gericht erscheinend als seinen Bevollmächtigten erklärt, und ein procurator apud acta factus, d. h. der eine vor Gericht aufgenommene schriftliche Vollmacht producirt, von der cautio de rato frei sein, daß sie wie Cognitoren behandelt werden sollen,[ee]) endlich ward dieselbe Wirkung einer an den Gegner gerichteten schriftlichen Nachricht von der Bestellung einer gewissen Person als Procurator nebst Verpflichtung zur Ratihabition beigelegt.[ff]) 2) Die Proceßführung des Tutor und Curator verschafft dem Mündel die actio iudicati,

z) L. 6 § 3 D. quod. cuiusc. univ. (3, 4) — »ex edicto« —.

aa) Vat. fragm. § 330 L. 33 § 3 D. de procur. (3, 3).

bb) Ulp. L. 11 § 7 D. de exc. rei iud. (44, 2).

cc) Ulp. L. 56 D. de iudic. (5, 1) L. 27 pr. D. de procur. (3, 3).

dd) Von Vormündern L. 23 D. de admin. tut. (26, 7), vom Actor L. 6 § 3 D. quod cuiusc. univ. (3, 4), von Procuratoren L. 1 C. de procur. (2, 12): cautio ratihabitionis tunc exigitur a procuratore, quoties incertum est, an ei negotium mandatum sit. Die Constitution wird in den Handschriften dem Pius und dem Jahr 150 zugeschrieben, da nun Gaius noch das alte Recht aus dem Edict vorträgt, möchte man jene für interpolirt halten (Bethmann-Hollweg Versuche S. 192). Vielleicht hat aber Gaius, bei seiner Darstellung möglichst an das Edict sich anschließend, unterlassen, die zu seiner Zeit schon begonnene Rechtsänderung anzumerken. Dafür spricht, daß Pius die neueren Principien entschieden bei den Vormündern angewendet hat L. 2 pr. D. de adm. tut. (26, 7).

ee) Vat. fragm. § 317. 333. § 3 I. de satisd. (4, 11).

ff) Modestin L. 65 D. de procur. (3, 3).

wenn der Gegner, eben so aber geht die Klage gegen ihn, wenn der Vormund als Beklagter condemnirt worden ist,[gg]) dasselbe gilt von dem procurator praesentis, der also auch hierin dem Cognitor völlig gleichgestellt ist.[hh]) Consequent mußte man aber diese Wirkung dem Auftrag überhaupt beilegen, und dieß geschah denn auch, nur daß dem Magistrat nach Umständen eine Verweigerung der Klage des und gegen den Dominus ex iusta causa vorbehalten wurde.[ii]) Die Nothwendigkeit der satisdatio iudicatum solvi bei der Repräsentation des Beklagten wurde allgemein beibehalten, nur wurde auch hier der procurator praesentis als Cognitor behandelt, und die Caution daher dem Dominus auferlegt.[kk])

Wir haben gesehen, wie der Einfluß der Proceßführung auf die Rechte des Dominus sich bei den verschiedenen Arten von Stellvertretern verschieden gestaltet. Ein anderes ist die Stellung des Repräsentanten selbst, die von diesen Unterschieden zunächst unabhängig ist, und von der jetzt noch zum Schluß gehandelt werden soll. Welche Wirkungen nämlich auch die Thätigkeit des Repräsentanten für den Dominus haben möge, so viel ist gewiß, daß der Stellvertreter selbst durch seine Litis Contestatio mit dem Gegner in das Proceßverhältniß, und diesem als Partei gegenüber tritt (§ 172); es ist sein Proceß, der durch seine Thätigkeit entstanden ist, wodurch auch sein Eintritt in dieses Verhältniß veranlaßt sein mag: procurator lite contestata *dominus litis* efficitur[ll]) — litis contestatione res procuratoris fit, eamque suo iam quodammodo nomine exsequitur.[mm]) Dieses obligatorische Verhältniß, in welches der Procurator zur Gegenpartei getreten ist, hat eine selbständige Natur und hängt nicht von der Dauer des Mandats ab, durch das es veranlaßt ist, da es ja eben so gut auch ohne Mandat hätte entstehen können.[nn]) Hat der Stellvertreter als Beklagter litem contestirt, so hat er sich dadurch für die erfolgende Condemnation verpflichtet (er muß sogar die Verpflichtung noch durch die cautio iudicatum solvi bestärken), und ist der actio iudicati unterworfen. Auch wo diese nach dem eben dargestellten Recht gegen den Dominus angestellt werden kann, ist der Stellvertreter nicht schlechthin befreit. Bei dem Cognitor ist dieß der Fall (weßhalb denn auch nicht dieser, sondern der Dominus die cautio iudicatum solvi leistet), und dasselbe gilt nach dem späteren Recht von dem procurator praesentis; andern Bevollmächtigten, bei denen die Klage aus ihrer Condemnation und aus ihrer stipulatio iudicatum solvi ebenfalls gegen den Dominus nach den obigen Grundsätzen gegeben wird, ist eine exceptio doli verwilligt, sofern sie sich dem Gegner nicht noch besonders ausdrücklich

---

gg) L. 2 pr. D. de adm. tut. (26, 7) u. a.

hh) Vat. fragm. § 331. 332.

ii) L. 28 D. de procur. (3, 3) L. 86 D. de solut. (46, 3) L. 5 D. de stipul. praet. (46, 5).

kk) Vat. fragm. § 317 L. 46 § 2 D. de procur. (3. 3) [Cic. in Verr. II 2 c. 24 in fine. R.]

ll) L. 4 § 5 D. de appell. (49, 1).

mm) L. 11 pr. D. de doli mali exc. (44, 4).

nn) Der Procurator, wenn er einmal litem contestirt hat, kommt aus dem Verhältniß nicht durch Widerruf des Mandats, oder durch seinen oder den Tod des Dominus, so wenig als eine andere in Folge eines Mandats schon contrahirte Obligatio dadurch unwirksam wird. Nur durch Interposition des Prätors kann ex iusta causa eine Veränderung bewirkt werden L. 16—27 D. de procur. (3, 3). Von Theodosius und Valentinian wurde eine Ausnahme gemacht für den Tod des Stellvertreters, der Proceß soll nicht auf seine Erben übergehen L. 7 C. Th. de cognit. et proc. (2, 12).

oder stillschweigend zur gleichen Haftung mit dem Dominus anheischig gemacht haben.[oo])

Damit hängt noch eine andere Folge zusammen. Nicht alle klagenden Stellvertreter deduciren rem in iudicium, wohl ist aber dieß der Fall bei einem Kläger, der seine Klage gegen einen Stellvertreter anstellt, von welcher Art dieser sein möge, auch gegen einen bloßen Defensor. Indem er sein Recht gegen diesen anhängig gemacht hat, hat er den Dominus von dieser Klage befreit, ähnlich wie wenn er durch einen Contract mit jenem ihn zum Schuldner statt seines bisherigen angenommen hätte,[pp]) er hat vielleicht gegen den Dominus die actio iudicati, wie wenn er gegen ihn geklagt hätte, aber eben so wird der Dominus gegen die ursprüngliche Klage, die er gegen ihn wiederholen möchte, geschützt (ipso iure oder ope exceptionis: rei in iudicium deductae oder rei iudicatae, s. unten § 172. 175), wie wenn er selbst belangt worden wäre.[qq]) Diese Befreiung ist im Fall einer absolutorischen Sentenz bei allen Arten von Stellvertretern von Wichtigkeit, bei Defensoren überdieß auch im Fall einer condemnatorischen, wo der Dominus weder mit der alten Klage, noch mit der durch die Condemnation entstandenen actio iudicati belangt werden kann.

CLVII. Unter den Parteien ist eine natürliche Ungleichheit, die darin besteht, daß der Kläger eine Veränderung der bisherigen Zustände fordert, der Beklagte derselben widerspricht; jener muß, was ihm gebührt, wenigstens bis zur Entscheidung entbehren, während dieser bis dahin, was er vielleicht leisten muß, behält. Sofern dieser Umstand die Quantität des zu Leistenden betrifft, indem der Kläger die Nutzung der Zwischenzeit entbehrt, der Beklagte sie zieht, kann die Ungleichheit durch die Condemnation beseitigt werden, wenn diese nicht bloß auf den eigentlichen Gegenstand, sondern auch auf jene entgangenen, und auf der andern Seite ohne rechtlichen Grund genossenen Vortheile gerichtet wird. Aber jene Ungleichheit betrifft auch die Sicherheit, das, was uns gebührt, in Folge einer günstigen Entscheidung wirklich zu erlangen, eine Sicherheit, die der Beklagte stets hat, der Kläger nicht, es ist ungewiß, ob er im Fall der Condemnation des Beklagten von diesem wirklich werde befriedigt werden.[a]) Diese Ungleichheit kann durch eine Caution gehoben werden, zu deren Leistung der Beklagte dem Kläger gleich am Anfang des Processes verpflichtet, und wodurch diesem die Realisirung seines Anspruchs verbürgt wird.[b])

Diese Caution erschien (abgesehen hier von ihrer Nothwendigkeit bei Stellvertretern § 156) besonders dann als eine Forderung der Gerechtigkeit, wenn eine dingliche Klage gegen den Besitzer einer Sache erhoben wird, welche dieser bis zum Ausgang des Processes behält. Nach ältestem Recht gab der

---

oo) Dieß bedeutet der Ausdruck: si se obtulit procurator in L. 61 D. de procur. (3, 3) L. 4 pr. D. de re iud. (42, 1).

pp) L. 11 § 1 D. de novat. (46, 2): fit autem delegatio (und eben so die Expromissio, ohne Auftrag des bisherigen Schuldners) aut per stipulationem vel per litis contestationem.

qq) L. 10 § 1 D. de in rem v. (15, 3) L. 23 D. de solut. (46, 3): solutione vel iudicium pro nobis accipiendo et inviti et ignorantes liberari possumus.

a) In Beziehung auf die Kosten, die ihm der Proceß verursacht, und die der unterliegende Kläger ersetzen muß, steht allerdings der Beklagte in dieser Hinsicht wie der Kläger, deshalb hat Justinian eine Caution eingeführt, welche der Kläger dem Beklagten zu leisten hat Nov. 96 pr. cap. 1 Nov. 112 cap. 2.

b) Gai. IV 88—102 Paul. sent. I 11: de satisdando. Inst. IV 11: de satisdationibus. Dig. XLVI 7: iudicatum solvi.

Prätor einer Partei den Besitz bis zur Entscheidung, und ließ sie der andern praedes litis et vindiciarum stellen, Bürgen, durch welche für den Fall des Unterliegens die Herausgabe des Streitobjects (lis) und der Nutzungen der Zwischenzeit (vindiciae) garantirt wurde. Dieß wurde übergetragen auf das spätere Verfahren, wo entweder per sponsionem oder per formulam petitoriam geklagt (§ 168), und von dem Beklagten in jenem Fall die stipulatio pro praede litis et vindiciarum, in diesem die stipulatio iudicatum solvi als Satisdation geleistet wurde.[c]) Anders bei persönlichen Klagen; man kann hier sagen, jene Ungleichheit ist nicht erst durch das Proceßverhältniß, sondern schon durch die Natur der Obligatio, aus der geklagt wird, selbst gegeben, der Kläger befindet sich in jener Unsicherheit nicht erst als Kläger, sondern schon als Gläubiger, wenn er sich nicht bei der Entstehung der Obligatio nach einem Sicherungsmittel umgethan hat. Daher verpflichtet der Prätor hier nur ausnahmsweise zur satisdatio iudicatum solvi, und zwar entweder wegen der Beschaffenheit des Beklagten, wenn Gewißheit oder dringender Verdacht der Insolvenz vorliegt (vergl. § 160 Note q), oder wegen der Natur der Klage, die einen solchen Vorzug zu verdienen schien: solche Klagen waren die actio iudicati gegen den schon verurtheilten Schuldner, die Klage des Sponsor gegen den Schuldner, für den er sich verbürgt und bezahlt hatte (actio depensi), und die des Ehemannes gegen die Frau, welche durch ihre Vergehen zur Scheidung veranlaßt hatte, auf die Vermögensnachtheile, die sie deshalb erlitt (actio de moribus mulieris).[d])

Das Verhältniß der Parteien im Civilverfahren ist ein Rechtsstreit, den sie gegen einander erheben, ein iurgare: iure agere, worin nicht bloß liegt, daß dieser Streit auf rechtlichem Wege, sondern auch um das Recht und mit auf das Recht gerichtetem Willen geführt wird. Leichtfertiger Weigerung des Beklagten, das Recht des Klägers anzuerkennen, und wissentlicher Erhebung eines ungerechten Anspruchs (calumnia) ist durch passende Mittel möglichst zu begegnen. Zu diesen Mitteln, wodurch gegen jenen Mißbrauch der geordneten Rechtshülfe die gefährdete Partei und das Institut der Rechtspflege selbst in Schutz genommen werden soll, gehört namentlich die Androhung besonderer Nachtheile, die den Unterliegenden außer dem Proceßverlust treffen, auf daß er entweder von leichtfertigem oder böswilligem Streit abgeschreckt werde, oder für dasselbe büße.[e])

Die Mittel, welche darauf berechnet sind, den Beklagten von muthwilligem Processiren abzuhalten, sind folgende. Zuweilen ist es ein besonderer Ver-

---

c) Im justinianischen Recht ist diese Verpflichtung weggefallen, sive enim quis in rem actione convenitur sive personali *suo nomine*, nullam satisdationem pro litis aestimatione dare compellitur § 2 I. de satisdat. (4, 11). — Die processualische Bedeutung der cautio iudicatum solvi in dem alten Vindicationsverfahren hat genau und ausführlich erörtert Wetzell der römische Vindicationsproceß 1845. [Das Mittel die Caution zu erzwingen war ein Interdict, welches der Vertheidigung Raum ließ, der unbedingte militärische Rechtszwang (manus militaris) widerstreitet der bürgerlichen Rechtsordnung L. 1 § 2 D. si ventris (25, 5). Das Interdict lautete: Quem fundum (quam hereditatem, quem usumfructum, quam viam) ille a te petit eum si nolis defendere illi restituas. Vgl. Rudorff edictum perpetuum § 227. 244—246. Die Folge ist die Besitzübertragung auf den Kläger (translatio possessionis), so daß dem Beklagten nur überlassen bleibt, selber als Kläger aufzutreten. Fur. Anthianus lib. 1 ad edictum L. 80 D. de R. V. (6, 1) L. un. C. uti poss. (8, 6). R.]

d) Noch einen Fall enthält Gai. IV 169 bei dem iudicium fructuarium (s. unten § 169), wo Huschke's glücklicher Blick anstatt: quo nomine actoris satis accipiat, die wahre Lesart: quo nomine actor i s (d. h. iudicatum solvi) satis accipit entdeckt hat, Krit. Jahrb. 1839 S. 26.

e) Gai. IV 171—182 Inst. IV 16: de poena temere litigantium.

mögensnachtheil, der ihn im Fall des Unterliegens trifft, entweder ipso iure, da wo er, wenn er läugnet und es zum Urtheil kommen läßt, in ein Mehrfaches condemnirt wird (lis infitiando crescit in duplum): bei der actio iudicati, depensi, legis aquiliae, Klage auf ein per damnationem legirtes certum, actio de modo agri wegen betrüglicher Angabe des Verkäufers,[f] oder vermöge einer Sponsion, welche der Kläger fordern kann, und durch die der Beklagte eine gewisse Strafe in jenem Fall verspricht (sponsio poenalis); dieses Recht hat der Kläger bei gewissen Klagen, wobei zugleich die Summe bestimmt ist, die als Strafe versprochen werden muß: so bei der Klage auf certa pecunia credita, wo die Strafe den dritten Theil des Streitobjects beträgt,[g] bei der actio de pecunia constituta, wo sie sogar die Hälfte ausmacht, dann bei den Interdicten (§ 169). Bei manchen Klagen ist es ein anderer Nachtheil, der dem Beklagten, wenn er es auf die Verurtheilung ankommen läßt, droht, die Verurtheilung macht ihn zum infamis (actiones famosae): diese Folge hat die

---

f) Gai. IV 9. Paul. sent. I 19: quemadmodum actiones per infitiationem duplantur. Sell Jahrbücher II 1 (1843). In solchen Fällen soll der Beklagte nicht gehört werden, wenn er sich auf eine Uebereinkunft beruft, durch die der Kläger sich mit ihm verglichen, also auf den Rechtsweg verzichtet habe Paul. l. c. § 2. Wie ist dieß zu verstehen, da in manchen dieser Fälle entschieden ein Vergleich zugelassen wird (§ 179 Note d)? Nur so, daß ein Pactum ungültig ist, wodurch man sich von einer Strafe für eine künftige Handlung frei machen will L. 27 § 4 D. de pact. (2, 14); dieß kann bei jener Uebereinkunft der Fall sein, da es sich hier nicht um eine fällige, sondern um eine künftige Strafe für ein künftiges Vergehen handelt. — Sell a. a. O. S. 63 sucht den Grund jenes Rechtssatzes in dem für jeden Vergleich geltenden Erforderniß der Ungewißheit des Anspruchs, beschränkt ihn daher auf den Fall, wo die Existenz des Urtheils, des Depensum ꝛc. nicht bestritten war. Aber auf diese Weise hört der Rechtssatz auf, eine Eigenthümlichkeit der angedrohten Strafe zu sein. Unverständlich ist mir die Zurückführung auf dasselbe Princip durch Huschke (Zeitschr. für geschichtl. Rechtswiss. XIII S. 273 f.) mittelst des Satzes, daß bei allen jenen Klagen eine absolute Gewißheit nicht bloß im Gegenstand, sondern auch in der Begründung eintrat. Ich sehe nicht ein, wie man von einer absoluten Gewißheit der Existenz des Anspruchs aus zur Zulassung des Abläugnens durch den Beklagten und Instruction eines Processes (statt den „Unverschämten" gleich beim Kopf zu nehmen) gekommen wäre. Nehmen wir es aber mit der „Gewißheit" nicht so wörtlich genau, so mag sich daraus erklären, warum man in jenen Fällen eine Strafe für gerecht hielt, nicht dagegen, warum ein Vergleich ausgeschlossen wurde. [Die Schwierigkeit löst sich vom processualischen Standpunkt aus: 1) Die rechtskräftige Entscheidung gestattete nur noch Nichtigkeitsbeschwerde, die abermalige Verurtheilung des Beklagten in dieser führt von selbst zur Leistung des Doppelten, dieß ist die sententiae in duplum revocatio § 181 Cic. pro Flacc. c. 21. 2) Eben daher ist die condictio indebiti ausgeschlossen, damit auch indirect die bereits entschiedene Schuld nicht von Neuem und unter Umgehung der Succumbenzstrafe in Frage gestellt werde: L. 4 C. de cond. indeb. (4, 5) § 7 I. de obl. quasi ex contr. (3, 27). 3) Die Ausschließung der Sühne dagegen folgt allerdings einfach aus dem Wegfall des Streits, mit dessen Erneuerung daher die Möglichkeit in der Appellationsinstanz widerkehrt. — Später wurde dieses Urtheilsrecht ausgedehnt auf die Condemnatio ohne Judicat, z. B. durch die lex aquilia, das Damnationslegat u. s. w.: auf die Einräumung des Klaggrundes folgt sogleich das Liquidationsverfahren (arbitrium litis aestimandae) L. 25 § 2 L. 26 ad legem aquil. (9, 2) L. 3 de confess. (42, 2), das Läugnen des Beklagten wird als Querel behandelt, die Einreden fallen weg und der Beweis des Klaggrundes hat Verurtheilung auf das Doppelte zur Folge, L. 43 pr. de R. I. (50, 17). — Die angebliche Ausdehnung über die damnatio hinaus z. B. auf die actio de modo agri beruht auf einem Mißverständniß. Rudorff über die Litiscrescenz: Zeitschrift für gesch. Rechtswiss. XIV 9 (1848). R.]

g) S. außer Gaius (Note e) Cic. pro Rosc. com. 4. 5. [Heimbach Lehre vom Creditum (1849) S. 588, nimmt freilich daneben ein einfaches Judicium ohne Strafstipulation für Peregrinen an. Diese hatten aber 1) dasselbe ius creditae pecuniae wie römische Bürger (Bd. II § 261 o). 2) In der Lex Rubria c. 21 v. 6. 7. 16 bezeichnen die Worte: „se sponsione iudicioque uteive (lies utei, wie Ritschl legis rubriae pars superstes 1851 p. 15 mit Recht erinnert) oportebit non defendet" nur verschiedene Formen des Ungehorsams, nicht, wie Heimbach annimmt, des Processes, nämlich Verweigerung der Leistung oder der Bestreitung des ausdrücklich oder stillschweigend Eingestandenen. 3) Bei Gellius XIV 2 endlich kann de calumnia damnaria eben so gut auf die Sponsion als das Judicium wegen Chicane bezogen werden Gai. 4, 174. R.]

Verurtheilung wegen Diebstahls, Raubs, Injuria, Betrugs, sodann wegen gewisser Contractsobligationen, bei denen man sich in einem vorzüglichen Grad auf die Rechtschaffenheit der andern Partei verläßt, so daß die Täuschung dieses Vertrauens doppelt verächtlich ist: wer eine Verbindlichkeit durch fiducia übernommen hat,[h]) wer als Mandatar, Depositar, Vormund, Socius sich verurtheilen läßt, wird infamis. Doch kann in allen diesen Fällen die Infamia dadurch vermieden werden, daß der Beklagte durch einen andern sich vertreten läßt,[i]) hier wird jener nicht infam, weil nicht er condemnirt wird, dieser nicht, weil er nicht in dem verpönten Fall sich befindet. Wo nun keines dieser Mittel gegen die Gefahr eines böswilligen Läugnens Anwendung findet, und auch die Klage nicht von Anfang auf eine Strafe geht, kann der Kläger von dem Beklagten das iusiurandum calumniae fordern: non calumniae causa se infitias ire.

Aber auch einer calumnia des Klägers soll möglichst vorgebeugt werden. Vor allem hat der Beklagte, wenn der Kläger abgewiesen worden ist, das calumniae iudicium auf den zehnten (bei Interdicten den vierten[i*]) Theil des eingeklagten Werthes, welches gegen alle Klagen stattfindet, aber den Beweis voraussetzt, daß der Kläger seines Unrechts bewußt gewesen sei. In einigen Fällen ist dieser Beweis nicht nöthig, es ist hinreichend, daß der Kläger den Proceß verloren hat; hier heißt die Klage contrarium iudicium, welches gegen die Injurienklage gegeben wird (auf den zehnten Theil des vom abgewiesenen Kläger geforderten), ferner gegen zwei andere Klagen auf den fünften Theil. Sodann hat der Beklagte überall, wo der Kläger eine sponsio poenalis fordert, das Recht, eine restipulatio zu verlangen, wodurch der Kläger zu derselben Strafe für den Fall seines Unterliegens sich anheischig macht. Endlich kann der Beklagte das iusiurandum calumniae von dem Kläger fordern. Keines dieser verschiedenen Mittel kann übrigens mit dem andern verbunden werden.[k])

D. Ort und Zeit des Verfahrens.

CLVIII. Ort und Tageszeit der gerichtlichen Verhandlungen vor dem Prätor und dem Richter werden in einer Stelle der Zwölf Tafeln folgendergestalt erwähnt: ni pacunt in comitio aut in foro ante meridiem causam coniciunt (coniiciunto oder coniicito), quom perorant ambo praesentes. Post meridiem praesenti litem addicito. Sol occasus suprema tempestas esto.[a])

---

h) Lex Iulia munic. (tab. heracl. Z. 111) Cic. pro Roscio com. 6, pro Rosc. Amer. 38, pro Caec. 2. 3. [Die entehrenden Klagen enthalten keine eigentlichen Proceßstrafen, da sich die Infamie nicht nur an die Verurtheilung, sondern auch an den Vergleich (pactum) knüpft. Merkwürdig aber sind die infamirenden Contractsklagen wegen Dolus insofern, als sie erst allmählich durch das Schuldmoment und die Strafe hindurchgegangen, ehe sie schließlich Civilklagen auf Ersatz geworden sind. Damit hängt das Schwanken über die Haftpflicht der Erben zusammen. Rhet. ad Herenn. 2, 13. 10. M. Drusus praetor urbanus quod cum herede mandati ageretur iudicium reddidit. Sex. Iulius non reddidit. L. 34. 36. D. pro soc. (17, 2) L. 1 pr. § 1 L. 4 D. de fidei tut. (27, 7). R.]

i) Das prätorische Edict in L. 1 de his qui not. infam. (3, 2).

*i**) [Gai. IV 175 spricht nicht, wie früher gelesen worden, von den Interdicten, sondern vom adsertor: et quidem calumniae iudicium adversus omnes actiones locum habet et est decimae partis: adversus adsertorem tertiae partis est.]

k) Es mag hier gleich bemerkt werden, daß im justinianischen Recht von diesen verschiedenen Mitteln das calumniae iudicium, das contrarium, die sponsiones und restipulationes nicht recipirt sind, dagegen soll der improbus litigator dem Gegner die verursachten Schäden und Proceßkosten ersetzen, und der Richter ex officio beide Theile zum iusiurandum calumniae anhalten.

a) Bis coniciunt in den Rhet. ad Herenn. II 13. Von ante meridiem an bei Gell. XVII 2. Der letzte Satz bei Varro de L. L. VII 51 u. A. [Vgl. Karlowa Legisactionen § 32.]

Jeder Ort, wo der Prätor dem Gesetz und der Sitte gemäß sein Amt verwaltet, heißt ius.[b]) In dieser Beziehung aber ist eine doppelte Classe von Handlungen unterschieden. Die eine kann nur auf dem Tribunal, pro tribunali,[c]) vorgenommen werden, der Bühne, auf der die sella curulis des Magistrats steht, und mit ihm die sein Consilium bildenden Personen (Assessoren, Richter) sich befinden. Das Tribunal wurde auf dem comitium errichtet, dem patricischen Theil des Forums. Dieß war der Ort der Verhandlungen vor dem Prätor in den vor das Tribunal gehörigen Sachen, zugleich aber auch der Verhandlungen vor den Richtern, die als Consilium des Prätors zu betrachten waren, namentlich den Decemvirn. Andere Richter dagegen, welche der Prätor bestellte, hielten ihre Sitzungen auf dem eigentlichen Forum. Ursprünglich geschah wohl jede Jurisdictio des Prätors pro tribunali, also auf dem Comitium, bald aber wurde die iurisdictio voluntaria, also die legis actio außerhalb eines Rechtsstreits, für Manumissionen, In Jure Cessio, auch an andern Orten zugelassen, wo sich eben der Magistrat befand,[d]) dieß wurde nothwendig, um in den Sitzungen pro tribunali für die wichtigeren Functionen Zeit zu gewinnen. Dieses Verfahren de plano, wie es gegenüber dem pro tribunali hieß, wurde später auf noch andere Fälle erstreckt, die ohne die sonstige Feierlichkeit der Gerichtshandlungen abgethan werden konnten. Wo man sich durch eine Bittschrift an den Magistrat wendet, und er einen schriftlichen Bescheid giebt, braucht dieß natürlich nicht pro tribunali zu geschehen, eben so auch bei einem mündlichen Anliegen, auf welches er von kurzer Hand eine Verfügung trifft, z. B. bei Beschwerden der Eltern über ihre Kinder, der Patrone über ihre Freigelassenen, die durch eine Verwarnung oder durch eine geringe Strafe erledigt werden.[e]) Diese Fälle wurden nach und nach häufiger, so daß später besondere Sitzungen für diese geringeren Händel stattfanden, sessiones de plano.[f]) Die Regel war die: die Thätigkeit des Magistrats im ordentlichen Verfahren gehörte auf das Tribunal, eben so jede Rechtssache, welche causae cognitio und decretum erforderte,[g]) die andern wurden de plano abgethan, und Gelegenheit oder Gutdünken der Behörde gab den Ort dafür an die Hand. — Die vollkommenste Oeffentlichkeit fand Statt, als die Sitzungen der Magistrate und der Gerichte auf offenem Markte gehalten wurden; als man es in der dritten Periode bequemer fand, sie in bedeckte Räume zu verlegen, was am frühesten in den Provinzen geschah, blieb doch der Zutritt des Volks rechtlich noch uneingeschränkt, erst in der vierten Periode trat eine Beschränkung ein, welche nach und nach das Volk von der Gegenwart bei den gerichtlichen Verhandlungen im wesentlichen ausschloß (§ 123 S. 345 f.)

Die Tageszeit für die gerichtlichen Verhandlungen (vor dem Magistrat oder dem Richter: in comitio aut in foro) soll nach dem Zwölftafelgesetz der

---

b) L. 11 D. de iust. et iure (1, 1): — alia significatione ius dicitur locus, in quo ius redditur — quem locum determinare hoc modo possumus: ubicunque praetor salva maiestate imperii sui salvoque more maiorum ius dicere constituit, is locus recte ius appellatur.

c) Paul. Diac. ex Festo: Pro significat in, ut pro rostris, pro aede, pro tribunali.

d) Gai. I 20.

e) L. 1 § 1 D. de const. princ. (1, 4) L. 9 § 3 D. de off. procons. 1, 16) L. 6 D. de accus. (48, 2).

f) Vat. fragm. 161.

g) L. 3 § 8 D. de bon. poss. (38, 1) L. 2 § 1 D. quis ordo (38, 15) L. 9 § 1 D. de off. proc. (1, 16) L. 1 § 1 D. de const. princ. (— vel cognoscens decrevit, vel de plano interlocutus est —).

Vormittag sein, d. h. sie sollen hier begonnen werden, so daß wer bis Mittag nicht erscheint, als Deserent behandelt werden soll (§ 160). Zu Cicero's Zeit wurde dieser Termin bis auf die zehnte Stunde des Tags erstreckt.[h]) Die Verhandlungen sollen sich nicht über Sonnenuntergang hinaus verlängern, aber sie sollen auch nicht früher abgeschnitten werden, doch hat eine Lex Plätoria dem Prätor gestattet, dem Volk eine andere Schlußzeit verkündigen zu lassen.[i]) In der dritten Periode galten als Gerichtszeit die Stunden von der zweiten bis zur zehnten.[k])

Nicht an jedem Tag wurden gerichtliche Verhandlungen vorgenommen. Vor allem gab es Tage, an welchen eine Legis Actio nicht möglich war, weder in einem Rechtsstreit noch sonst; dieß sind die dies nefasti,[l]) über sechzig, zu denen noch eine beträchtliche Anzahl solcher kommen, die theilweise nefasti sind (intercisi und nefasti priores). Die Unstatthaftigkeit der legis actio wurde auch auf die Bestellung eines Judiciums nach dem Verfahren der Lex Aebutia ausgedehnt. Den dies nefasti stehen gegenüber die dies fasti, ohngefähr vierzig an der Zahl; es sind die gesetzlich für die Ausübung der Jurisdiction bestimmten, an denen daher auch der Magistrat gehalten war, sein Amt zu verwalten. Zu diesen kommen noch gegen 190 dies comitiales, für die Volksversammlungen bestimmt, die weder an dies nefasti noch fasti möglich sind. Diese dies comitiales standen den Magistraten für ihre Jurisdiction ebenfalls zu Gebote, wenn sie nicht zu Volksversammlungen benutzt wurden, wodurch also die geringe Anzahl der dies fasti ohne Nachtheil war. Eine andere Eintheilung als die in dies nefasti, fasti, comitiales ist die in dies festi (religiöse Feste: sacrificia, epulae, ludi, feriae) und profesti, daher kann ein dies fastus zugleich festus, ein profestus nefastus sein. Vielleicht aber galt ursprünglich der Grundsatz, daß wenn ein dies fastus auf einen festus falle, er dadurch seine Eigenschaft als fastus für dießmal verliere. Dieser Grundsatz wurde allmählich beschränkt; so galt er vor der Lex Hortensia von den nundinae, den Markttagen, die zu den feriae gerechnet werden, dieses Gesetz aber verfügte, daß auch diese fasti sein könnten.[m])

---

h) Cic. in Verr. II 17. [Varro de ling. lat. VI 89. Cosconius in actionibus scribit praetorem accensum solitum tum esse iubere, ubi ei videbatur horam esse tertiam, inclamare horam tertiam esse, itemque meridiem et horam nonam.]

i) Varro de L. L. VI 5. Suprema summum diei — hoc tempus XII tabulae dicunt occasum esse solis; sed postea lex plaetoria id quoque tempus iubet esse supremum, quo praeco in comitio supremam pronuntiavit populo. (Plin. hist. nat. VII 60: accensus consulum a columna maenia ad carcerem inclinato sidere supremam pronuntiabat.) Vielleicht hat das Gesetz zunächst den Zweck gehabt, auch die dies intercisi für die Verhandlungen brauchbar zu machen: per quos mane et vesperi est nefas, medio tempore inter hostiam caesam et extra porrecta fas (Varro VI 31). Einen Satz der Lex giebt Censorin. de die nat. 24 (Jahn): praetor urbanus qui nunc est quique post hac *fuat*, duos lictores apud se habeto *usque* supremam ad solem occasum iusque inter cives dicito. [Dieser Satz schärft freilich nur die frühere Regel ein: der Prätor soll sich durch Verkündigung einer frühern Schlußzeit (auf Befehl des Consuls) nicht abhalten lassen, die Verhandlungen bis Sonnenuntergang fortzusetzen. Damit stimmt überein, daß noch Nov. 82 c. 3 die Sitzungszeit εἰς δείλην ὀψίαν ausdehnt: Osenbrüggen zur Interpretation des Corpus Juris 1842 VI. R. — Vgl. lex coloniae Genetivae (§ 108, b) c. 102: ne ante horam I neve post horam XI diei quaerito neve iudicium exerceto.]

k) Paul. sent. IV 6, 2.

l) Vgl. darüber und über das Folgende vornehmlich Varro de L. L. VI 29—31 (Müll.) Macrob. saturn. I 16. Bethmann-Hollweg Handbuch I § 19. [Civilproceß § 28. 80. Mommsen röm. Chronologie Beilage II und C. I. L. I p. 366 sqq., Hartmann röm. Gerichtsverfassung I (1859); Huschke das alte römische Jahr (1869), Karlowa Legisactionen § 33.]

m) Das Recht vor der Lex Hortensia v. 468 war eine Marktfreiheit, zum Vortheil der Plebejer,

Andere Bestimmungen galten für die Verhandlungen in iudicio. Diese wurden durch die Eigenschaft eines Tags als dies nefastus nicht gehindert, dagegen war es nicht gewöhnlich, sie an den Festen, namentlich während der ludi und feriae zu halten.[n]) Von der Zeit an, wo das Institut der iudices delecti auch auf die Civilgerichte übertragen wurde, der Richterberuf als ein Amt erschien, und den auf die Richterlisten Gesetzten zugemuthet wurde, sich für eine Berufung zur Uebernahme eines einzelnen Falls bereit und gegenwärtig zu halten, wurde eben deshalb, um die Last zu vermindern, eine Gerichtszeit angenommen, in welcher die Richter zu Rom anwesend sein mußten. Dafür entstand der Ausdruck actus rerum (cum res aguntur); dieser actus trat zweimal im Jahre ein, in den Winter- und in den Sommermonaten, beides durch eine große Vacanz im Frühjahr und eine solche im Herbst getrennt.[o]) Neben diesen machten die Richter noch andere Vacanzen geltend, welche August beseitigte, indem er überdieß noch dreißig Tage gewisser Spiele dem actus rerum zuwies.[p]) Claudius hob die Vacanzen des Frühjahrs und Herbstes auf (Note o), und gab statt deren Eine Vacanz am Ende und Anfang des Jahrs, auch diese beseitigte Galba, und es blieben also als Vacanzen nur die Tage der ludi und feriae selbst übrig, soweit nicht bei einzelnen (wie von August Note p) ein anderes verfügt war.

Eine neue Einrichtung machte Marc Aurel durch ein Senatusconsultum.[q]) Die Geschäftstage für die Jurisdiction der Magistrate und für die Functionen des Richters verschieden zu bestimmen, war keine Veranlassung mehr, diese Unterscheidung wurde als eine der Gegenwart unangemessene Antiquität abgeschafft. Marcus setzte überhaupt 230 Tage fest, an welchen die gerichtlichen Verhandlungen (sei es vor dem Prätor, sei es vor den Richtern) stattfinden sollten; diese Zahl ergab sich, indem man die dies comitiales, welche mit dem Abkommen der Volksversammlungen sämmtlich der Jurisdiction offen standen, zu den dies fasti hinzurechnete, unter dem Namen dies iudiciarii. Den Prätoren wurde die Entscheidung, ob sie von diesen Tagen Gebrauch machen wollten oder nicht, entzogen, nur das blieb ihrem Ermessen überlassen, gewisse Sessionen gewissen Rechtssachen ausschließlich zu widmen.[r]) Den 230 dies iuridici gegenüber heißen nun die übrigen feriae, dies feriati, an denen keine Jurisdictions- und richterlichen Handlungen vorgenommen werden sollen, mit Ausnahme der Handlungen der iurisdictio voluntaria.[s]) Denn mit Zustimmung aller betheiligten Personen kann auch ein dies feriatus ein geeigneter Tag, auch sogar für Rechtsstreitigkeiten werden.[t])

---

gegen die bei ihrer Anwesenheit an den nundinae kein Verfahren erhoben werden sollte, was bei dem alten strengen Schuldrecht eine bedeutende Wohlthat war. In der Mitte des fünften Jahrhunderts hatten sich die Dinge verändert, hier schien es ein Vortheil, wenn der Landmann bei Gelegenheit seiner Anwesenheit in der Stadt an den Markttagen zugleich seine rechtlichen Geschäfte abmachen, namentlich der iurisdictio voluntaria des Prätors sich bedienen konnte.

n) Cic. in Verr. Act. I 10.

o) Sueton. Claud. 23: rerum actum, divisum antea in hibernos aestivosque menses, coniunxit. [Das Ende des actus rerum wird durch den Ausdruck res prolatae, der Anfang durch res redeuntes bezeichnet. Plauti Captivi I 1. 10. 17. Cic. pro Mur. 13 und öfter. R.]

p) Sueton. Octav. 32.

q) Dig. II 12: de feriis etc. Capitol. Marc. 10: iudiciariae rei singularem diligentiam adhibuit, fastis dies iudiciarios addidit, ita ut ducentos triginta dies annuos rebus agendis litibusque disceptandis constitueret. *r*) Bethmann-Hollweg Handbuch I § 19 Note 30.

s) Paul. sent. II 25, 3: emancipatio etiam die feriato fieri potest.

t) Ulpian. L. 6 D. de feriis (2, 12), der wohl nicht bloß die Erndte- und Weinleseferien im Sinn hat.

[In den Provinzen wurden die Rechtssachen auf den Landgerichten (fora, conventus) verhandelt, welche der Statthalter auf seinen Rundreisen entweder in bestimmten Kreisstädten abhielt, oder auch, wenn keine privilegia fori entgegenstanden, willkürlich ausschrieb (§ 67 f. § 152 f). Diese Einrichtung bildete die Regel, die Conventе heißen daher ordinaria iudicia, die Verweisung einer Rechtssache an den ordentlichen Gerichtstag wird abwechselnd durch ad forum und ad ius ordinarium reiicere, die sofortige eigene Cognition des Statthalters, welche in eiligen und schweren Fällen eintrat, als eine Untersuchung extra ordinem bezeichnet.[u]) Aber auch auf dem Landtage selbst war ein gewisser ordo causarum durch den Drang der Geschäfte geboten: die Beschwerden der Städte gegen einander wurden als die dringendsten vorgezogen,[v]) unter den Privathändeln entschied das Loos (dicas sortiri) über die Richterdecurie, wie die Zeitfolge des Aufrufs einer rechtzeitig d. h. gewöhnlich einen Monat vorher eingeschriebenen Rechtssache (dica scripta),[w]) den Beschluß machten die Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit. z. B. die Manumissionen, die am letzten Conventstage vor einem aus zwei Decurien gebildeten Consilium erledigt wurden.[x]) Mit der Zerstückelung der großen Provinzen hörte diese Form von ordinaria iudicia auf[y]) und die geringfügigeren Sachen wurden nunmehr an iudices pedanei verwiesen.[z]) R.]

CLIX. Die Zeit der Vornahme einer gerichtlichen Handlung, die zu den Bestandtheilen eines Processes gehört, kann bestimmt sein theils durch Vertrag, theils durch Gesetz, theils durch die Gerichtsbehörde. Davon wird bei dem Verfahren selbst die Rede sein. Aber für den Proceß überhaupt kann eine Zeit gesetzt sein, nach deren Ablauf er erlischt.[a])

Es giebt Judicia, welche lediglich auf dem Imperium des Magistrats, der sie bestellt hat, beruhen (imperio continentur). Diese erlöschen, sowie das Imperium dessen, der sie gegeben hat, oder in dessen Auftrag sie gegeben worden sind, aufhört, wenn die richterliche Sentenz nicht bis dahin erfolgt ist. Solche sind alle außerhalb Roms (extra primum urbis miliarium) bestellten, ferner von in Rom angeordneten alle recuperatorischen, endlich alle, bei denen eine Partei oder der Richter Peregrine ist. Ihnen stehen gegenüber die auf

---

u) [Dieß beweisen folgende, meist aus Ulpian de officio proconsulis entlehnten Stellen: Collat. 7 c. 4 § 1 = L. 1 D. de fur. baln. (47, 17), Collatio 12 c. 6 § 1; L. 3 D. de priv. del. (47, 1). Ferner Collatio 11 c. 4 § 1 = Paul. sent. V 18 § 3. Plin. ep. 10. 85. R.]

v) [Z. B. Caesar B. G. 8, 46. Paul. ex Festo v. forum. R.]

w) [Cic. in Verr. II 2, 15 (§ 154 a) 17, 42; 18, 44. Serv. ad Aen. 6, 431 *sine sorte*: sine iudicio. traxit autem hoc ex more romano: non enim audiebantur causae nisi per sortem ordinatae: tempore enim quo causae agebantur conveniebant omnes (unde et *concilium* ait) et ex sorte dierum ordinem accipiebant, quo post dies triginta suas causas exsequerentur. Walter Gesch. des röm. Rechts 1861 § 731 folgert hieraus die Fortdauer der Lex Pinaria im Formularproceß, allein die Conventе in den Provinzen liegen dem Grammatiker näher. Vgl. ad Aen. 5, 758, s. auch Keller röm. Civilpr. Note 595. Eine Feststellung der Reihenfolge der zwischen zwei actus rerum in einem annus litium eingegangenen Processe kam auch in Rom vor. Das ist der ordo causarum, Festus v. ordinarium. Die außer der Reihe verhandelten Sachen sind extra ordinem, Tacit. ann. XIII 51. Sueton Vesp. 10 Domit. 8. R.]

x) [Gai. I 20. Theoph. § 4 I qui et a quib. I 6. R.]

y) [Theoph. pr. I. de succ. subl. III 12. Hartmann Contumacialverfahren S. 216 ff. Daher ist das ad forum reiicere in den von Justinian aufgenommenen Stellen der Schrift de officio proconsulis (Note u) überall gestrichen. R.]

z) [L. 5 C. de pedan. iud. (3, 3). L. 8 C. Th. de iurisd. (2, 1). R.]

a) Gai. IV 103—109. [Plautus pseudol. I 3, 27; 5, 8. R.]

gesetzlicher Vorschrift beruhenden iudicia (quae legitimo iure consistunt): dieß sind die zu Rom unter einem Judex übernommenen, vorausgesetzt, daß alle Personen, unter denen sie bestehen, römische Bürger sind. Gaius selbst warnt vor der Verwechselung dieser legitima iudicia mit den iudicia ex lege, d. h. welche die Folge einer durch eine Lex gegebenen Klage sind. Also nicht für den Inhalt (das darin verhandelte Recht), aber für die Form dieser Judicia ist eine Lex die Quelle, der Judex ist lege datus, und die Dauer seines Officiums hängt daher nicht von dem Imperium des Magistrats ab. Die dadurch mögliche Hinziehung der Processe durch viele Jahre wurde von der Zeit an, wo die bestellten Richter aus den iudices selecti genommen wurden, unpassend, es lag im Interesse der zu dem munus iudicandi Berufenen, daß ihnen nicht vielleicht lange Zeit nachdem sie aufgehört hatten, auf den Richterlisten zu stehen, durch die Indolenz der Parteien noch eine Last unerledigter Processe auf dem Hals blieb. Daher schrieb gleich dasselbe Gesetz, welches das Institut der iudices selecti wahrscheinlich auf die Civilprocesse übertrug, die lex iulia iudiciaria (iudiciorum privatorum) vor: daß ein legitimum iudicium in anderthalb Jahren, wenn nicht das richterliche Urtheil bis dahin erfolgt sei, erlöschen solle, und erleichterte dadurch das munus iudicandi.[b])

Gerichtsverfahren:

A. Einleitung des Processes.

CLX. Zur Erhebung des Rechtsstreits war die Anwesenheit beider Parteien in iure nöthig. Das Mittel, das dem Kläger gegeben ist, die Gegenwart des Beklagten zu erlangen, ist ein außergerichtlicher Act, die in ius vocatio: persönliche Aufforderung, dem Kläger vor Gericht zu folgen. In die Wohnung des Beklagten darf er nicht eindringen, und bei gewissen Personen ist die Vocatio theils nichtig, theils mit einer Pönalklage bedroht, wenn sie ohne besondere Erlaubniß des Prätors geschieht.[a]) Die Zwölf Tafeln verpflichten den Vocatus zu folgen, einem Altersschwachen oder Bresthaften muß der Kläger ein Fuhrwerk stellen.[b]) Weigert sich der Aufgeforderte, so soll der Kläger Zeugen aufrufen, bei fortgesetzter Weigerung hat er die Manus Injectio.[c]) Fehlt ihm ein Zeuge, so kann er vor der Wohnung des Beklagten eine öffentliche Aufforderung erlassen,[d]) dieß ersetzt das Zeugniß, und berechtigt, wenn der Geforderte dazu schweigt, und nachher betroffen wird, ebenfalls zur Manus Injectio. Der Vocatus ist indessen der Nothwendigkeit zu folgen überhoben, wenn er einen vindex stellt, der für ihn den Proceß übernimmt,

---

b) Dieß halte ich für den wahren Sinn des Gesetzes, nicht den, daß es unbestimmt oder zum Vortheil der Parteien die Beschleunigung der Processe beabsichtigt hätte. [Legitima iudicia kommen auch in den Peregrinenstaaten vor, welche ihre leges behalten haben: so streiten in Sicilien die Bürger desselben Staats (civis cum cive) in ihrer Stadt (domi) nach ihren Gesetzen und vor einem Richter aus ihrer Nation, und erst gegen Ungenossen gab der Statthalter die Richter Cic. in Verr. II 2 c. 13 oben § 67 d. Die Gewährung eines solchen einheimischen Gerichts heißt ad leges suas (c. 21, 37) oder Romam reiicere (c. 60 cf. Cato de re rust. c. 149 in fin.) R.]

a) Dig. II 4: de in ius vocando.

b) Gell. XX 1: si morbus aevitasve vitium escit, qui in ius vocabit iumentum dato, si nolet arceram ne sternito.

c) Porphyr. ad Hor. serm. I 9, 65: si in ius vocat ni it antestator, igitur em capito — Festus v. struere: si calvitur pedemve struit, manum endo iacito.

d) Cui testimonium defuerit, is tertiis diebus (vgl. § 154 a) ob portum obvagulatum ito Festus v. portum und vagulatio. Dieser Zusammenhang der Stelle ist wahrscheinlicher, als der mit dem Zeugenbeweis. [Dagegen Karlowa Legisactionen S. 372.]

dem Kläger folgt und jenen aus der Manus Injectio befreit.[e]) Das prätorische Edict hat dem Kläger statt der Manus Injectio gegen den Gerufenen, der sich weigert, eine Klage auf eine Geldstrafe gegeben,[f]) und statt des Vindex die cautio iudicio sisti eingeführt, wodurch der Gerufene verspricht, an einem bestimmten Tag zu erscheinen, und einen Bürgen deßhalb stellt, der locuples pro rei qualitate sein soll.[g]) Erscheint der Beklagte nicht, so kann gegen ihn oder den Bürgen auf die verabredete Strafe (poena desertionis), oder auf das Interesse geklagt werden, wenn nicht eine entschuldigende iusta causa des Nichterscheinens dargethan wird. Die Stellung muß, wenn diese Klage vermieden werden soll, in eadem causa geschehen, d. h. es darf mit dem Beklagten keine Veränderung vorgegangen sein, welche den gegen ihn zu erhebenden Proceß erschwert.[h]) Auch gegen dritte Personen, welche den Erfolg der in ius vocatio oder der cautio iudicio sisti hindern, giebt der Prätor Klagen.[i])

Erscheinen nun die Parteien in iure, so wird regelmäßig die Verhandlung vor dem Magistrat an diesem Tag keineswegs zu Ende gebracht, denn der Kläger zeigt nun erst dem Beklagten an, welche Klage er gegen ihn anzustellen gedenke, editio actionis,[k]) und es muß dem letzteren Zeit gelassen werden, sich zur Vertheidigung gegen dieselben vorzubereiten. Daher verabreden nun die Parteien einen Termin, an welchem sie sich wieder in iure einfinden wollen, dieses Versprechen heißt vadimonium[l]) und wird ebenfalls unter dem allgemeinen Ausdruck cautio iudicio sisti begriffen; es geht auf eine Summe als

---

e) L. 22 § 1 D. de in ius voc. (2, 4). Assiduo vindex assiduus esto, proletario quoi quis volet vindex esto Gell. XVI 10. Vgl. noch § 162.

f) Dig. II 5: si quis in ius vocatus non ierit. Gai IV 46.

g) Dig. II 6: in ius vocati ut eant aut satis vel cautum dent. Von sehr nahe verbundenen Personen muß jeder Bürge angenommen werden.

h) Dig. II 11: si quis cautionibus in iudicio sistendi causa factis non obtemperaverit. Eine besondere Gestalt hat die cautio iudicio sisti, wenn der Herr wegen eines Vergehens (noxa) seines Sclaven belangt wird Dig. II 9: si ex noxali causa agatur quemadmodum caveatur. Die Caution geht auf Stellung des Sclaven, da der Herr sich durch Hingeben desselben befreien kann.

i) Dig. II 7: ne quis eum qui in ius vocabitur vi eximat. II 10: de eo per quem factum erit, quo minus quis in iudicio sistat.

k) Dig. II 13: de edendo.

l) [Der Ausdruck bezieht sich nach der Ansicht der Römer auf die Geldsumme, welche der Beklagte dem zur Manus Injectio berechtigten Kläger dafür versprach, daß er ihn gehen (vadere, evadere) ließ: Acron ad Horat. serm. I 1, 11 vades ideo dicti quod qui eos dedit vadendi id est discedendi habet potestatem, oder dafür, daß er wieder erscheinen werde. Das Bedenken, welches Keller Civilpr. § 47 Note 554 von der Quantität (vădes und vādere) entlehnt, haben die Alten nicht beachtet. Plin. hist. nat. III 4 in eundem conventum Carietes vadunt, wozu das extra suum forum vadimonium promittere § 152 f und die Pandectentitel in ius vocati ut eant — si quis in ius vocatus non ierit zu vergleichen sind. — Die richtige Etymologie aber giebt jetzt Alphons Rivier Untersuchungen über die cautio praedibus praediisque (1863) p. 14. „Praes, prae-vas, ist eine Nebenform, eine Verstärkung von vas — die Wurzel văd in vas, vadari, vadimonium ist mit dem altnordischen ved — dem althochdeutschen wetti — welche Wörter alle Pfand bedeuten, auf einen Ursprung zurückzuführen. Das nordische ved bezeichnet wie das lateinische văd auch das Verpfänden. — Vas wäre sonach der uralte Name des Bürgen. Der vas, der praes, ist der als Pfand Haftende, der leiblich Verhaftete." — Eine Hauptanwendung kam bei der Comperendinatio (Note d § 154 Note a) vor: Macrob. sat. I 16 comperendini (dies), quibus vadimonium licet dicere: denn die Behauptung, daß das Erscheinen im Judicium nur durch Denunciationen, nicht durch Stipulationen gesichert worden wäre (Hollweg Civilproceß S. 285 Note 28, Wetzell Vindicationsproceß S. 192 Note 3) beruht auf einer Stelle des Pseudo-Asconius, die gar nicht existirt. Vgl. jetzt Hartmann Contumacialverfahren (1851) S. 235 f. R. — Karlowa Legisactionen § 41. 42.]

poena desertionis, die in einigen Fällen der Höhe des Streitgegenstandes gleichkommt, in den übrigen die Hälfte desselben und nie über 100 000 Sesterze beträgt.[m]) Der Beklagte hat in der Regel Bürgen (vades) deßhalb zu stellen, in einigen Fällen fällt die Satisdatio weg (vadimonium purum), in einigen tritt an ihre Stelle der Eid, oder die sofortige Verurtheilung in die Strafe durch Recuperatoren, wenn das Vadimonium gebrochen wird.[n]) Unter diesen Umständen war es offenbar viel zweckmäßiger, wenn die Parteien sich jenes erste Erscheinen vor Gericht ersparten, wenn sie statt der In Ius Vocatio gleich von Anfang über einen Tag der wirklichen Verhandlung übereinkamen, und ihn durch Vadimonium festsetzten. Dieß war nun wirklich schon zu Cicero's Zeit der gewöhnliche Weg; die eigentliche In Ius Vocatio wurde nur noch gegen einen hartnäckigen und widerspenstigen Beklagten angewendet.[o])

Alles dieses setzt voraus, daß der Beklagte zu treffen ist, um die in ius vocatio oder das vadimonium mit ihm vorzunehmen, oder daß ein Anderer sich findet, der für ihn die Klage übernehmen will, ein idoneus defensor, der die cautio iudicatum solvi leistet (§ 156). Ist dieß nicht der Fall, so ist er indefensus, und wird wie ein Verurtheiler behandelt, es findet Execution gegen ihn Statt (§ 173. 179), nach altem Civilrecht die manus iniectio; und eben dieß geschieht, wenn die In Ius Vocatio nicht den Erfolg hatte, ihn vor Gericht zu bringen (Note d), oder das Vadimonium von ihm gebrochen wird. Der Prätor gab dagegen dem indefensus die missio in bona mit dem Recht des Verkaufs,[p]) den derselbe nur dadurch abwenden kann, daß er sich vor dem Ablauf der dafür gesetzten Fristen (§ 179) stellt und mit cautio iudicatum solvi den Proceß übernimmt.[q]) Unter den Fällen dieser Missio giebt es solche, wo der indefensus völlig schuldlos in dieser Lage sich befindet, wie der Vormundsbedürftige, ferner der in öffentlichen Geschäften oder in feindlicher Gefangenschaft Abwesende; dieser Umstand schließt die Missio zur Sicherung des Gläubigers nicht aus, aber der Verkauf wird nicht gestattet, bis der Entschuldigungsgrund wegfällt.

In der dritten Periode wurde neben der In Ius Vocatio und dem Vadimonium eine zweite Art der Einleitung für das ordentliche Verfahren ein-

---

m) [L. 3 § 4 de eo per quem (2, 10). Ueber die Hälfte des Streitgegenstandes konnte man nicht gehen, weil die Ueberschreitung dieser Grenze dem Ganzen gleichstehen würde, worauf erst nach dem Judicat cavirt werden soll. Der augusteische Bürgercensus der ersten Klasse durfte nie überschritten werden. R.] Wetzell Vindicationsproc. S. 77 versteht die Stelle des Gaius dahin, daß der Streitgegenstand nie höher als zu 100 000 Sesterzen, also die Strafe (außer dem Judicat und Depensum) höchstens auf 50 000 angesetzt werden soll.

n) Gai. IV 184—187. [Keller Civilproceß § 47 Note 566 versteht recuperatoribus suppositis wohl richtiger von einer in factum actio, die für den Fall des Bruches des Vadimonium schon im Voraus gegeben wurde. R.]

o) Hor. serm. I 9, 74: casu venit obvius illi adversarius et: quo tu turpissime? magna inclamat voce, et: licet antestari? Ego vero oppono auriculam. Rapit in ius.

p) Das prätorische Edict zählte die verschiedenen Fälle so auf: qui fraudationis causa latitarit — cui heres non exstabit — qui exsilii causa solum verterit — qui absens iudicio defensus non fuerit — qui iudicio sistendi causa fideiussorem dedit, si neque potestatem sui faciet, neque defendetur — die Bedingung war überall: si boni viri arbitratu non defendetur. Cic. pro Quint. 19 L. 2 pr. 7 § 1 D. quib. ex caus. in possess. eatur (42, 4). Noch ein Fall ist die Unterwerfung des Beklagten unter eine fremde Gewalt, wenn der Gewalthaber ihn wegen der vorher contrahirten Schulden nicht defendiren will Gai. III 84 IV 80. Endlich ein Unmündiger oder Wahnsinniger, der keinen Vormund hat L. 5 D. quib. ex caus. in poss. [Bei einfacher absentia läugnen Manche das Verkaufsrecht z. B. Hartmann a. a. O. § 2—12. Vgl. dagegen Karlowa Beitr. zur Gesch. des röm. Civilpr. (1865) S. 115. R.]

q) Gai. IV 102. Vgl. oben § 157.

geführt. Dieß war die litis denuntiatio, deren Einführung Marc Aurel zugeschrieben wird.[r]) Sie besteht in einer Ankündigung des Rechtsstreits an den zu Belangenden vor Zeugen, worüber eine Urkunde aufgenommen und von den Zeugen unterschrieben wird. Dabei wird die Klage namhaft gemacht, die Handlung vertritt also zugleich die Stelle der editio actionis. An dem letzten Tag einer gesetzlich bestimmten von dem Tag der Denunciation gerechneten Frist haben die Parteien vor Gericht zu erscheinen. Gegen die Versäumung dieses Termins kann eine reparatio vom Kaiser ex iusta causa erlangt werden.[s])

---

r) S. Aurel. Victor de Caesar. 16, 9: legum ambigua mire distincta vadimoniorumque solemni remoto, denuntiandae litis opperiendaeque ad diem commode ius introductum. Die Hauptquelle über dieses Institut sind die Titel des Cod. theod. II 4: de denuntiatione vel editione rescripti, II 6: de temporum cursu et reparationibus denuntiationum, worin es freilich theilweise verändert durch die Gesetze Constantin's und seiner Nachfolger erscheint. — Es liegt darin eine erste Hinneigung, die Magistrate wie Judices zu behandeln, denn denuntiatio ist eigentlich die Entbietung des Gegners vor den Judex. [Hartmann Contumazialverfahren S. 148. 149 Note 24 macht die einleuchtende Bemerkung, daß die Stelle des Victor nicht von der Einführung, sondern von der Erleichterung der Denunciation handelt, wonach der Nachdruck auf commode liegen würde. Diese Erleichterung bestand in der Vermehrung der Gerichtstage § 158 q, durch welche die Vadimonien auf wenige genau inne zu haltende Gerichtstage vermieden wurden. Daß die Sitte der Denunciationen selbst älter war, wird unten § 184 c nachgewiesen werden. R.]

s) [Asverus die Denunciatio der Römer (1843) S. 129—149 läßt diese Denunciatio aus der Condictio hervorgehen, die ihrerseits wieder an die Stelle der In Jus Vocatio getreten sein soll. Aber die In Jus Vocatio war nicht aufgehoben (Note o): während die Condictio selbst bei Schuldklagen auf ein Certum abgekommen war: Gai. IV 18 nulla enim hoc tempore eo nomine denuntiatio fit. Und diese sogar in ihrer ursprünglichen Sphäre unbequem gewordene und veraltete Form hätte Marc Aurel ihrer Bequemlichkeit wegen plötzlich allgemein gemacht? Das ist nicht wahrscheinlicher, als das Hauptthema des Buchs: zu jeder Denunciatio hätten drei Zeugen gehört (um die alten Stammtribus vorzustellen) — für welches der kirchliche Grundsatz bei Isidor. 18, 15 (vgl. 5, 24 unter condictiones) den wichtigsten Beweis liefern muß. — Wieding seinem Princip (oben § 149 b) entsprechend, combinirt 1) die Denunciationsfälle des ältern Marc Aurelischen und Justinianischen Rechts zu einem einheitlichen Ladungsverfahren entweder iure actoris oder ex auctoritate mit Antibiblos und Cautionen, in Contumazialfällen mit dreimaliger edictaler Wiederholung; 2) läugnet er die Einleitungsfrist und behauptet vielmehr eine 4 monatliche Proceßverjährungsfrist, mit deren Ablauf der Rechtsstreit nicht beginne, sondern zu Ende gehe. (S. 455—474.) Dagegen ist zu bemerken: 1) Das Edict erwähnt die Denunciation nur in Bausachen L. 4 § 5 D. de damno inf. (39, 2) ‚dum prius domum denuntiari iubeam', daraus folgt aber nichts für die Proceßeinleitung, welche vielmehr auch nach dem Edict noch durch in ius vocatio und vadimonium geschieht: Rudorff ed. perpetuum § 3. 14: 199 n. 1. 2) Die Nothfristen in der potioris nominatio Fragm. Vat. § 161—167 gehörten ebenfalls nicht der ersten Instanz im Civilproceß, sondern einem nicht devolutiven Rechtsmittel gegen die Vormundschaftsbestellung des Marcischen Tutelarprätors, also einer Administrativsache an. 3) Die Beziehung der Denunciation auf die Proceßverjährung ist in den Quellen des vierten und fünften Jahrhunderts, namentlich in L. 4 C. Th. de denunt. (2, 4) Nov. Val. III 34 (a. 452) § 14—15 und den sogenannten leges Constantini, Theodosii et Leonis (cf. Symbolae Bethmanno-Hollwegio oblatae Berol. 1868 p. 116 f.) so entschieden ausgeschlossen, daß Wieding's Bemängelungsversuch der letztern in Pözl's und Windscheid's Kr. V. J. Schrift XII (1870) No. XI 10 dagegen nicht ins Gewicht fällt. Vgl. Bethmann-Hollweg III S. 235 Note 6. 8. S. 241 Note 41. — Die Einsicht in die Denunciation scheint besonders dadurch getrübt zu sein, daß man sich den Grundgedanken des Instituts nicht klar gemacht hat. Die Denunciation ist keine Einleitung des Processes, sondern vielmehr ein Abwendungsversuch. Es ist allgemeiner Grundsatz des römischen Rechts, daß der Eröffnung des friedlichen Streits eine Rüst- und Bedenkzeit voraufgehen muß. Galt dieser Satz selbst im Fecialrecht unter unabhängigen Gemeinden (Liv. 1, 32) und im Provinzialrecht (Terent. Phormio, I 2. 77 und dazu Donatus ‚*et scribam tibi dicam*' a denuntiatione in personam, ne diceret non mihi denuntiasti, und ebenda II 2. 15. 17. 18. Serv. ad Aen. 6, 431), so erscheint er um so mehr als eine Forderung der Humanität unter Mitbürgern desselben Gemeinwesens. Im Fall der Contumacia des Denunciaten tritt der Grundsatz hinzu, daß Niemand ungehört verurtheilt werden darf (L. 1 § 1 D. de fer. 2, 12 Paul. sent. 5, 5 a § 6. 9. cf. Tac. ann. II 77, 3 Sueton. Galba 14). Diesen Grundsatz befolgt noch das prätorische Edict, welches hier nur eine Besitzeinweisung als provisorisches Rechtsmittel gewährt (Rudorff ed. perp. § 199 f.), während

B. Verhandlungen in Jure.

a. Legis Actiones.[a]

CLXI. Wenn beide Parteien vor dem Magistrat erschienen sind, und ihre Sache vorgetragen haben, um ihn mit ihrem Vorhaben, Anspruch und Vertheidigung, bekannt zu machen, so fordert der ordo iudiciorum privatorum, daß Anspruch und Vertheidigung in eine solenne Form gebracht werden, und so ihre processualische Gestalt erhalten. Nach ältestem Recht geschah dieß durch das Aussprechen solenner Worte, theils von den Parteien, theils von dem Magistrat, verbunden mit andern Handlungen. Diese in iure vorgenommene Solennität heißt legis actio, und ihre Bestandtheile sind von doppelter Art; zum Theil beziehen sie sich auf das Verfahren selbst, dem sie eine besondere Form geben, zum Theil auf den Gegenstand des Processes, das bestrittene Recht, das sie bezeichnen, und als die Grundlage des Rechtsstreits feststellen. In beiderlei Hinsicht gründen sich die Actiones unmittelbar auf Leges und führen darum jenen Namen, das Verfahren, welches durch sie begonnen wird, ist durch Gesetze angeordnet, und eben so haben die Rechte, die mit ihnen geltend gemacht werden, Leges zur Quelle, und sind mit Gesetzesworten auszudrücken, ipsarum legum verbis accomodatae erant (§ 78).

Legis actio ist überhaupt eine feierliche, durch eine Lex vorgeschriebene, mit mündlicher Rede verbundene Handlung.[b] Zu dem Begriff gehört aber auch noch das Erforderniß der Gegenwart einer andern Partei und des Magistrats. Davon macht eine Ausnahme die pignoris capio, wie sie denn auch an einem nefastus dies vorgenommen werden konnte, aber eben darum wurde sie zu den Legis Actiones nur in einem laxeren Sinn des Worts gerechnet. In jenem Sinn ist jede feierliche Vindication, auch die außer einem Rechtsstreit zum Behuf einer Eigenthumsübertragung oder Bestellung eines Ius in re (in iure cessio), einer Manumission vorgenommene, eine Legis Actio. Als solche aber, wodurch ein Proceß eine eigenthümliche Form erhält, und wobei daher gerade jener erste auf das Verfahren sich beziehende Bestandtheil hervorgehoben wird, zählt Gaius vier auf: legis actio sacramento, per iudicis (arbitrive) postulationem, per condictionem, per manus iniectionem, denen er als fünfte noch jene pignoris capio hinzufügt.

Die erste von diesen Actionen, und die actio generalis, die überall anwendbar war, wo nicht ein Gesetz eine andere besonders angeordnet hatte, war die legis actio sacramento.[c] Das formgebende Moment dieser Actio, von

---

das spätere Recht eine definitive Entscheidung wenigstens dann gestattet, wenn der ordo edictorum und die trina conventio (L. 68—73 D. de iud. 5, 1. Paul. sent. 5, 5 a § 7. 8 L. 8. 9 C. quomodo et quando 7, 43) der Annahme Raum giebt, daß der Beklagte nicht weil er die Ladung überhört habe, sondern aus Verachtung der richterlichen Autorität contumacia L. 53 § 1 D. de re iud. (42, 1) ausgeblieben sei. Andererseits soll nun aber auch der Kläger mit seiner Drohung Ernst machen, versäumt also er den Schlußtermin (dies fatalis), so wird er sachfällig und der Beklagte ist keiner weiteren Vexation ausgesetzt. R.. — Gegen Wieding vgl. auch Bruns Syrisch-römisches Rechtsbuch S. 236 ff.]

a) Gai. IV 11—31. [Bethmann-Hollweg der röm. Civilproceß. I Legis Actiones. 1864. Bekker die Aktionen des röm. Privatrechts I 1871 S. 18 ff. Karlowa der röm. Civilproceß zur Zeit der Legisactionen. 1872.]

b) [Diese Handlung wird wesentlich vollzogen zur Handhabung des Rechts: um es zu übertragen oder zu verfolgen (L. 4 de adopt. 1, 7 Gai. 2, 24), sie entspricht also der späteren sogenannten iurisdictio voluntaria und contentiosa, L. 2. 3 de off. proc. (1, 16) L. 41 de leg. (1, 3). Vgl. Leist Gesch. der röm. Rechtssyst. (1850) S. 81. R.]

c) [Gai. 4, 13 de quibus enim rebus ut aliter ageretur lege cautum non erat, de his sacramento agebatur, daher werden bei jeder der übrigen Actiones die Leges angegeben und § 21

dem sie daher auch den Namen hat, besteht in einem Succumbenzgeld, das die unterliegende Partei an das Aerarium verliert. Diese Strafsumme ist von den Zwölf Tafeln auf 500 Asses bestimmt, wenn der Werth des Streitobjects 1000 oder darüber beträgt, bei geringeren Sachen auf 50 Asses, und diese letztere Summe gilt auch von dem Rechtsstreit über die Freiheit eines Menschen, von welchem Werth dieser auch als Sclave sein würde.[d]) Der Proceß erhielt dadurch die Form eines Streits um die Strafe, und darauf lautete auch das Urtheil des Gerichts.[e]) Die Summe wurde früherhin von beiden Parteien an einem heiligen Ort, in sacro, deponirt, der Sieger nahm die seinige zurück, die des Ueberwundenen wurde in das Aerarium abgeliefert, darum hieß dieses Strafgeld sacramentum, das Verfahren sacramento contendere.[f]) Später wurde die sofortige Hinterlegung nicht mehr gefordert, sondern der Prätor ließ sich Bürgen (praedes) für die Zahlung im Fall des Unterliegens geben.[g])

Man hat behauptet, der legis actio sacramento habe ursprünglich ein wirklicher Zweikampf vor Gericht zu Grunde gelegen, der nachher in ein nur

---

gesagt: per manus iniectionem aeque de his rebus agebatur, de quibus ut ita ageretur, lege aliqua cautum est. Diesen Zusammenhang übersehen diejenigen, welche in § 21 noch immer aquilia statt aliqua gelesen wissen wollen, z. B. Haenel lex Visig. p. XCV not. R.] In der Schrift: Ueber die legis actiones und das Centumviralgericht der Römer. Von einem Praktiker [Dr. Krug] Zwickau 1839 [zweite verbesserte Auflage 1855], wird darzuthun versucht, die iudicis postulatio sei die älteste und Grundform des römischen Processes gewesen. Die Gründe dafür sind sehr allgemein gehalten und bestehen mehr in subjectiven Anschauungen von der Geschichte des ältesten Rechts, als in wirklichen Spuren alter Zustände. Gaius deutet, indem er die Sacramentsklage generalis nennt, an, daß die andern dieß nicht gewesen seien, also auch nicht die iudicis postulatio. Schon dieß spricht gegen jene Annahme. Ueberdieß steht sie dem Verfahren der Lex Aebutia weit näher, als das Sacramentum, auch dadurch wird es höchst unwahrscheinlich, daß dieses zwischen ihr und jenem Verfahren gestanden habe.

d) Theils läßt sich hier von einem Werth des Streitgegenstandes als solchen nicht sprechen, theils war zu befürchten, daß die Gefahr eines bedeutenden Verlustes Viele abschrecken würde, als Assertores für die Freiheit eines Andern aufzutreten.

e) Cic. pro Caec. 33: — decemviri — sacramentum nostrum iustum iudicaverunt. [Arnobius adv. gentes IV p. 361 (Hildebrand): quis quaesitor, quis arbiter cervicibus tantis erit, qui inter personas huiusmodi aut vindicias iustas dare aut sacramenta conetur pronuntiare non iusta?

f) Varro de L. L. V 180 (Müller): Ea pecunia quae in iudicium venit in litibus, sacramentum a sacro. Qui petebat et qui infitiabatur, de aliis rebus utrique quingenos aeris ad pontem deponebant, de aliis rebus item certo alio legitimo numero assium, qui iudicio vicerat, suum sacramentum e sacro auferebat, victi ad aerarium redibat. Festus: Sacramentum aes significat, quod poenae nomine penditur, sive eo quis interrogatur sive contenditur. —

g) Wahrscheinlich ist diese Aenderung eingeführt durch das Gesetz des Volkstribun Papirius, von welchem Festus a. a. O. sagt, daß es die Beitreibung der Sacramenta durch tresviri capitales angeordnet habe. Von hier an erklärte man, wie Festus, den Namen sacramentum, da das Geld nicht mehr in sacro deponirt wurde, durch seine Verwendung für die Sacra. In den Worten der Lex Papiria bei Festus: sacramenta exigunto iudicantoque, bezieht sich das iudicare nicht auf die Verurtheilung des Schuldigen (sonst könnte es nicht nach exigunto stehen), sondern auf die Zuweisung an den Fonds, aus dem die Kosten dieser oder jener Sacra bestritten werden. [Vgl. Danz über sacramentum und lex papiria Zeitschr. für Rechtsgeschichte VI (1867) S. 339—393, welcher seiner Ansicht vom sacramentum (Note i*) entsprechend auf die Zuweisung an das Aerar wegen des Münzfußes (Cic. de off. 3, 20 Mommsen Münzwesen 389) und der allgemeinen Strafe statt der Expiation bestimmter Götter (Liv. 29, 19 Cic. de harusp. resp. 10, 21) hinweist und dafür Gramm. inc. gloss. ad Aen. 12, 234 aus Barth advers. 33, 13 Huschke iurispr. ant. ed 3 p. 109, 8 ‚Flaccus scribit Numam Pompilium — voto impetrasse ut omnes dii falsum sacramentum vindicarent' als Beweis anführt. — Bei Schiedsmännern kam die Deposition eines Pignus noch später vor L. 11 § 2 D. de recept. (4, 8) L. 5 § 2 L. 33 D. depositi (16, 3) Isidor. 10, 5 p. 1087 (Gothofr.) sequester est, qui certantibus medius intervenit, apud quem pignora deponi solent. Vgl. Zeitschr. für gesch. RW. XIII S. 195—200. R.]

ſcheinbares Handgemeinwerden übergegangen ſei.[h]) Dieſe den römiſchen Sitten höchſt fremdartige Vorſtellung iſt aus der Form der Vindication (ſ. unten), alſo aus einer mit dem sacramento contendere möglicherweiſe verbundenen, aber damit ganz und gar nicht identiſchen Proceßhandlung hervorgegangen. Wäre nun auch dieſe Vindication aus einem gerichtlichen Zweikampfe entſtanden, was meines Erachtens entſchieden zu verwerfen iſt, ſo würde doch darum nicht die legis actio sacramento ſelbſt darauf zu gründen ſein. Man hat jene Vorſtellung auf die ganze Legis Actio durch die Herbeiziehung des alten Soldateneids übertragen wollen; wie durch dieſes Sacramentum das Haupt des Streiters im Feld, ſo ſei dort das des Streiters auf der Gerichtsſtätte den Göttern geheiligt worden.[i]) Dieß ſcheint mir eine traumartig mengende Phantaſie. Für den ſicheren Grund, von dem wir uns nicht entfernen dürfen, halte ich, daß die Römer mit dem Namen sacramentum bei der Legis Actio das Geld ſelbſt bezeichneten (Note f). Sacramentum heißt überhaupt das äußere Zeichen und die Anerkennung eines in Beziehung auf das Heilige geſtellten Verhältniſſes, ſo des Soldatengehorſams, sacramentum militare, ferner des Proceßverhältniſſes, des anhängig gemachten Rechtsſtreits, dieſes Zeichen war die in sacro deponirte Geldſumme, womit ſich dann überdieß der Verfall für den unterliegenden Theil verband. An eine andere Vergleichung mit dem Soldateneid iſt nicht zu denken, wohl aber hinſichtlich der zuletzt erwähnten acceſſoriſchen Eigenſchaft, die bald als die Hauptſache erſchien, an die ſpätere sponsio et restipulatio (wie auch Gaius thut), die sponsionis summa iſt in der That nur das verweltlichte Sacramentum.[i*])

Das sacramento contendere beſtand in der Provocation zur Depoſition, ſpäter zur Zuſage der Strafſumme: D aeris sacramento te provoco — similiter ego te.[k]) Die Bedingung der Strafe war die Exiſtenz oder Nichtexiſtenz des vom Kläger geltend gemachten Rechts, dieſes wurde daher zugleich, und zwar mit den Worten des Geſetzes, auf das es ſich gründete, ausgeſprochen. Nachher wenn die Parteien vor das Judicium kamen, legten ſie vor der eigentlichen judiciellen Verhandlung ihre Anſprüche dem Gericht in einem kurz zuſammengefaßten Satze dar. Dieß hieß causae coniectio und war deswegen

h) G. Asverus über die legis actio sacramenti 1837. Dem weſentlichen Reſultat ſtimmt bei Huſchke in ſ. Recenſion dieſer Schrift, Krit. Jahrb. für Rechtswiſſ. 1839 S. 665–686.

i) Huſchke a. a. O. S. 676.

*i**) [Eine Ueberſicht der verſchiedenen Meinungen giebt Danz über das sacramentum und die lex papiria Zeitſchr. für Rechtsgeſchichte VI (1867) S. 339 f. Seine eigene Anſicht geht dahin, daß das sacramentum ein aſſertoriſcher Eid beider Theile über ihre entgegengeſetzten Rechtsanſprüche war, weshalb der unterliegende Theil wegen ſeines falſchen Eides eine Buße für ſein falsum sacramentum zahlen mußte. Dieſer Rechtsgedanke mag in der griechiſchen Antomoſie und der germaniſchen Gewähr der Klage vertreten ſein; daß er dem römiſchen sacramentum fremd iſt, beweiſt ſchon der Zuſatz quinquagenario in der Formel, welcher zu keiner Eidesprovocation paſſen will, man mag nun unter dem Eide einen Gefährdeeid oder einen Schiedeseid verſtehen. Soll einmal die Idee eines Pfandes, welches um einer Wette willen geſetzt wird, aufgegeben und mittelſt Herbeiziehung fremdrechtlicher Analogien der Strafcharakter vertheidigt werden, ſo dürfte die Annahme einer Buße für den Bruch des Rechtsfriedens durch den feindlichen Rechtsſtreit (§ 152 c) näher liegen als die Strafe des Meineides. Niederſächſiſche Weisthümer im vierten Bande der Grimmſchen Sammlung unterſcheiden einen großen und kleinen „Sulfwalt", welcher je nach dem Umfang und Gefährlichkeit der verbotenen Selbſthülfe verwirkt wird und daher dem römiſchen größeren und kleineren sacramentum ſehr ähnlich ſieht. R. — Vgl. Karlowa Legisactio § 3. Huſchke Multa und Sacramentum (1874) S. 353 ff. Leiſt Civiliſtiſche Studien IV (1877) S. 85 f.]

k) Valerius hat die Siglen: Q. N. T. S. Q. P. mit der Auflöſung: quando negas te sacramento quinquagenario provoco. Ferner: Q. A. N. Q. N. quando ais neque nego, was ſich auf die gegentheilige Provocation des Beklagten zu beziehen ſcheint, und wo ſtatt nego wahrſcheinlich zu leſen ſein wird negas. (Dieſe Noten gehören aber zur Negatoria und Confeſſoria,

nothwendig, weil der Ausdruck der Streitsache in der Legis Actio selbst nur ein allgemeiner war, durch den der Richter noch nicht hinlänglich mit den unter den Parteien streitigen Punkten bekannt wurde. Das Gericht aber, an welches die Sache kam, wenn sacramento geklagt wurde, war ursprünglich das der Decemvirn, die Lex Pinaria gestattete, auf die Bestellung eines einzelnen Richters anzutragen (§ 154).

In gewissen Fällen, z. B. bei dem Rechtsstreit über das Eigenthum an einer Sache, enthielt die Verhandlung in iure noch einen besonderen Act, welcher vindicatio heißt, oder in iure manum conserere. Der erste Name ist von den Worten hergenommen, der zweite von der sonstigen körperlichen Thätigkeit, die damit verbunden war.[l]) Dieser Act bestand in folgenden Handlungen: der Kläger legte Hand an die Sache, indem er einen Stab (festuca oder vindicta) hielt, und sprach: hunc ego hominem ex iure quiritium meum esse aio secundum suam causam sicut dixi ecce tibi vindictam imposui,[m]) die Festuca auf die Sache legend. Desgleichen that und sprach der Beklagte (contravindicabat).[m*]) Darauf sprach der Prätor: mittite ambo hominem, den sich erhebenden Streit auf den rechtlichen Weg leitend. Es ist die symbolische Darstellung der Idee, daß die Gewalt dem Recht weichen, daß der begonnene

---

denn bei der Rei Vindicatio lautet die Formel quando tu iniuria vindicavisti — Gai. IV 16. Vgl. § 173 d. R. — Nach den Handschriften lautet die zweite Formel so: Q. N. Q. A. N. Q. N. quando neque ais neque negas.) Endlich bezieht sich auch die Formel S. N. S. Q. si negat sacramento quaerito auf die Legis Actio. [Vielleicht enthalten jene Zeichen einen Satz der lex silia, welche bei certa credita pecunia ein inquisitorisches Verfahren (sacramento quaerere = sacramento interrogare bei Festus Note f) wie im Strafproceß (Brisson. de form. V 193. 201) vorgeschrieben zu haben scheint (§ 162 f.), wobei den unterliegenden Theil neben der sponsio an den Gegner noch ein sacramentum an das Aerar als poena iurare nolentis getroffen haben könnte. Noch die lex rubria c. 21. 22 scheint in den Worten aut de ea re in iure nihil responderit auf eine solche quaestio oder interrogatio hinzudeuten. R.]

l) Vindicere = vim dicere O. Müller etymol. Erört. von Rechtsausdrücken, Rhein. Mus. für Jurispr. V 8, 1. Festus: Vindiciae appellantur res eae de quibus controversia, quod potius dicitur *vis quam* (Huschke) fit inter eos qui contendunt. Gellius (XX 10) sagt zur Erklärung der Verse des Ennius: — miscent inter sese inimicitias agitantes, non ex iure manum consertum, sed mage ferro rem repetunt, regnumque petunt, vadunt solida vi — folgendes: non ut ad praetorem solitum est, agi legitimis actionibus, neque ex iure manum consertum, sed bello ferroque et vera vi atque solida, quod videtur dixisse conferens vim illam civilem et festucariam, quae verbo diceretur, non quae manu fieret, cum vi bellica et cruenta. (Huschke über die Stelle des Varro von den Liciniern ꝛc. S. 100 will bei Ennius nach inimicitias interpungiren, und agitantes zum Folgenden ziehen, da sonst die Stelle sich gar nicht construiren lasse. Aber gerade so wie nach Huschke nicht construirt werden könnte, hat Cicero construirt pro Mur. 14.)

m) [Probus 4, 6.] Die Worte secundum suam causam wurden wohl nur bei der Vindication eines Menschen gebraucht, weil dessen Vindication in verschiedenem Sinne vorkommen konnte: als eines Sclaven, als eines Freien (in libertatem vindicatio), als eines filius in potestate L. 1 § 2 D. de R. V. (6, 1): — adiecta causa.

*m**) [Eck doppelseitige Klagen (1870) S. 9 Note 31 bemerkt, daß der Grundgedanke der Contravindication d. h. der reconventio necessaria bezüglich derselben Sache (im Gegensatz des Formularprocesses und der Eidesdelation L. 11 pr. D. de iureiur. 12, 2) sich auch im altdeutschen Processe (Laband die vermögensrechtlichen Klagen nach den sächsischen Rechtsquellen S. 156 gegen Sohm Proceß der lex Salica S. 98) und im altenglischen Eigenthumsprocesse wieder finde, wo die Frage an die Geschworenen lautet: utrum A vel B maius ius habeat in terra illa: Gneist Selfgovernment S. 80 bei Ihering Jahrb. für Dogm. IX S. 59. Der Gegner, welcher einräumt, selber kein Eigenthum zu haben, erschien als ein unbetheiligter Dritter, zum Widerspruch genügte daher nicht die Verneinung, sondern nur die eigene Klage. R.] — Die Nothwendigkeit der contravindicatio sucht Lotmar zur legis actio sacr. 1876 trotz Gai. 4, 16 zu widerlegen und vertheidigt seine Ansicht gegen Brinz zur Contravindication 1877 und Eisele in der krit. Vierteljahrsschrift XIX S. 512 von neuem in den kritischen Studien in Sachen der Contravindication 1878.

factische in einen rechtlichen Streit verwandelt werden soll.[n]) Die Vindication forderte die Gegenwart der Sache, oder, wenn die Herbeischaffung derselben nicht thunlich war, eines Stücks davon. Bei der Vindication von Grundstücken ging nach ältestem Recht der Prätor mit den Parteien zu dem Grundstück, um dort die Handlung vornehmen zu lassen,[o]) später wurde dieß bei der Erweiterung des Gebiets unthunlich, man substituirte dem Grundstück eine Scholle, welche die Parteien von demselben mitbrachten. Wenn sie vor dem Prätor erschienen, sprach der Kläger: fundum qui est in agro qui sabinus vocatur, ego ex iure quiritium[p]) meum esse aio, inde ibi ego te ex iure manum consertum voco. Der Gegner sprach: unde tu me ex iure manum consertum vocasti, inde ibi ego te revoco. Hierauf der Prätor: suis utrisque superstitibus praesentibus vindicias sumite, inite viam. Da nun die Scholle schon vor Gericht mitgebracht war, so fügte der Präter sofort, nachdem jenes gesprochen war, hinzu, redite viam, worauf dann die Vindication über die Scholle vorgenommen wurde.[q]) Von diesem vindicias sumere[r]) verschieden und getrennt war eine der ganzen Legis Actio vorausgehende außergerichtliche Handlung, welche deductio hieß (deductio quae moribus fit). Eine Partei setzte die andere durch eine scheinbare Dejection aus dem Besitz, wurde dadurch als Beklagter constituirt, und leistete das Vadimonium.[s]) — Nach der Vin-

n) Jedes Symbol ist ein äußeres Zeichen für ein Geistiges; nach der oben erwähnten Meinung von einem gerichtlichen Zweikampf, von dem diese vis festucaria übrig geblieben sei, würde umgekehrt das rein Körperliche durch ein relativ Geistigeres dargestellt werden. Dann dürfte man nur nicht dabei von einer symbolischen Handlung sprechen. Mir scheint übrigens jene Meinung ohngefähr so wahrscheinlich, als wenn jemand den Ritus der Confarreation bei der Eheschließung, statt ihn als ein wirkliches Symbol aufzufassen, als Ueberbleibsel eines Hochzeitschmauses erklären wollte.

o) Gell. XX 10.

p) P. Diac. E. IR. Q. exiri requietum (lies ex iure quiritium).

q) Cic. pro Mur. 12. Festus v. superstites. Valerius Probus: E. I. M. C. V. ex iure manum consertum vocavit.

r) Cincius bei Festus (v. vindiciae): vindiciae olim dicebantur illae quae ex fundo sumptae in ius adlatae erant.

s) Cic. pro Caec. 7 pro Tull. § 20. Wegen der verschiedenen Ansichten von dieser Handlung vgl. Keller Zeitschr. für gesch. Rechtswiss. XI 9 (1842), welcher die (auch in der ersten Ausgabe aufgenommene) Deductio mit dem vindicias sumere verbindende Meinung widerlegt hat. Die weitere Behauptung Keller's, daß die Deductio erst für den Formularproceß aufgekommen sei, halte ich nicht für richtig; seine Gründe scheinen mir nur ein anfängliches Herübernehmen jener altherkömmlichen (namentlich auch für die Identität der Sache wichtigen) Handlung auf die Vindication per sponsionem und vielleicht auch per formulam petitoriam darzuthun, nicht aber eine neue Erfindung für diese modernen Formen, mit denen jene deductio keine innere Verwandtschaft hat. [Die deductio setzt eine vis ex conventu voraus, also unstreitigen Besitz, wie die manus consertae streitigen. Diese Convention ist ganz allgemeiner Natur (L. 1 § 3 D. uti poss. 43, 17. Rhet. ad Herenn. 2, 13 § 20), es ist daher kein Grund abzusehen, sie aus der Legis Actio auszuweisen und auf die Sponsionsklage zu beschränken, wie es die jetzt herrschende Ansicht thut: vgl. Keller Zeitschr. für gesch. Rechtswiss. XI (1842) S. 287 f. Huschke Gaius (1855) S. 188 f. Bethmann-Hollweg II (1865) S. 69, Karlowa Beitr. 1865 (dieser jedoch wegen Cic. p. Caecin. 1, 2 mit Beziehung auf den Besitzstreit, statt der Vindication), Krüger krit. Versuche (1870) S. 67 f. Dafür spricht, daß bei der Vindication eines Fundus, als des wichtigsten Streitobjects nächst einem ganzen Vermögen, nach Gellius noct. Att. 20, 10 § 1 noch in der frühern Kaiserzeit die Legis Actio üblich war. Savigny's Ansicht über die deductio dürfte daher im Wesentlichen aufrecht zu halten und nur darin zu modificiren sein, daß die vis ex conventu nicht auf das specielle Holen der Scholle eingeschränkt werden darf. Das Vadimonium darf hieran nicht irre machen, es enthielt nur die Feststellung des Termins, Krüger S. 77. Vgl. Rudorff Jahrbb. für wiss. Kritik 1843 S. 602—604. Savigny Verm. Schriften (1850) I S. 313. Witte int. uti poss. (1863) S. 31 f. Für das Alterthum der deductio spricht auch die attische ἐξαγωγή vor der δίκη ἐξούλης; Meier und Schömann der att. Proceß S. 372, Franz Hofmann Beitr. zur Gesch. des griech. und röm. Rechts (1870) S. 126. R. — Vgl. Huschke Multa S. 483 f.]

dication, und dem Gebot des Prätors, welches derselben ein Ende machte, folgte das sacramento contendere. Dieses wurde durch die Frage des Klägers eingeleitet: postulo anne dicas qua ex causa vindicaveris, mit der Antwort: ius peregi sicut vindictam imposui. Hierauf folgt von der einen Seite: quando tu iniuria vindicavisti, D aeris sacramento te provoco, von der andern: similiter ego te, mit der Bestellung der Prädes an den Prätor. Zuletzt hatte der Prätor noch über die vindiciae, d. h. über die vindicirte Sache und den Besitz derselben während des Processes zu entscheiden: secundum alterum eorum vindicias dicebat, er bestimmte, wer Besitzer bis zur Entscheidung sein solle und gebot diesem dem Andern praedes litis et vindiciarum zu geben, Bürgen wegen der Restitution der Sache (lis) und der mit dem Besitz zusammenhängenden Nutzungen (vindiciae), wenn er unterliegen würde (vgl. § 232). Das vindicias dicere hat die Bedeutung, über den factischen Zustand bis zum ausgemachten Recht zu verfügen. Die Erledigung der zweiten Besitzfrage dagegen, die Bestimmung der partes petitoris und possessoris, d. h. die Feststellung, wen zunächst die Beweislast treffen soll (§ 174), war schon durch die vorausgegangenen Handlungen erfolgt. Die Bestimmung der Vindiciä hing von dem Ermessen des Prätors ab, der späterhin den gegenwärtigen Besitz, wenn er ohne Vitium gegenüber dem Gegner war, entscheiden ließ (§ 225); wo ein öffentliches Interesse die provisorische Aufrechthaltung eines Zustandes forderte, verfuhr er dem gemäß;[t]) in einem Fall, bei dem Streit über die Freiheit eines Menschen, hatten die Zwölf Tafeln vorgeschrieben, daß die vindiciae secundum libertatem gegeben werden sollten.[u]) Dieß bedeutet aber auch hier nur den factischen Zustand während des Processes, keineswegs betrifft es die Rolle der Parteien und die Beweislast, diese entschied sich damals, wie später, nach dem Umstand, ob der Mensch, über dessen Freiheit gestritten wurde, bisher als Freier oder als Sclave gelebt hatte (§ 212 Note bb).[v])

CLXII. Die übrigen Legis Actiones sind für besondere Gattungen von Rechtssachen bestimmt, so daß sie nicht überall nach Belieben angewendet werden können.

---

t) Praetores secundum populum vindicias dicunt, Cato bei Festus v. vindiciae.

u) Pomp. L. 2 § 24 de O. I. (1, 2) Liv. III 44. 47. Dionys. XI 30. [Valerius Probus Note m.]

v) [Gegen die herrschende Lehre, daß durch die Vindicien oder gar schon durch die vorausgegangenen Handlungen, wie der Verf. annimmt, die Parteirolle und Beweispflicht bestimmt worden sei, ist neuerdings Karlowa Beiträge (1865) S. 53 f. aufgetreten, dem Jhering Geist III § 52 und „Ueber den Grund des Besitzschutzes" 2. Aufl. (1868) S. 72 und mit consequenterer Durchführung Eck doppelseitige Klagen (1870) S. 10 f. und Krüger krit. Versuche (1870) S. 74 f. beistimmen. Danach wäre die Beweislast durch die Vindicien gar nicht berührt, die Beweispflicht dauerte vielmehr auch nach der Regulirung des interimistischen Besitzstandes unverändert fort und der Richterspruch lautete auf die Rechtmäßigkeit der Sacramente Note e, also auf die Eigenthumsfrage an sich mit executorischer Wirkung für den Sieger. Dem Unterlegenen war eine zweite Vindication versagt, für den Sieger war sie unnöthig. Diese Auffassung hat für sich, daß die Nothwendigkeit der Contravindication statt des einfachen Bestreitens unbegreiflich bleibt, wenn die Beweislast schon durch die Klage bestimmt wäre oder wenn das iudicium nach Ertheilung der Vindicien aus einem duplex auf ein simplex reducirt würde. Eben so wenig hätte dann über beide Sacramente erkannt werden können. R. — Vgl. Karlowa Legisactionen § 9, wo (S. 97) noch darauf hingewiesen wird, daß im liberale iudicium die vindiciae stets zu Gunsten der Freiheit, in Processen des populus zu dessen Gunsten ertheilt werden (Note t u). Dagegen halten Bekker Actionen I S. 209 und Huschke Multa S. 429 an der Entscheidung der Parteirollen durch das vindicias dicere fest.]

Die erste derselben, die wohl nicht viel jünger ist als die legis actio sacramento, ist die legis actio per iudicis postulationem, wie Gaius sie nennt, deren voller Name aber ohne Zweifel den Zusatz arbitrive zu iudicis hat. Die Eigenthümlichkeit derselben besteht in der Bildung des Gerichts, das für die Entscheidung bestellt wird, darum ist ihrer schon oben, mit Anführung der Fälle, für welche sie stattfand (§ 154), gedacht worden, und diese wesentliche Bedeutung drückt die bei ihr gebrauchte Formel: iudicem arbitrumve postulo uti des aus, die jede Partei sprach, indem sie den von ihr geforderten Richter zugleich benannte, während der Prätor selbst noch einen dritten hinzufügte.[a])

Dieselbe Beziehung auf die Bildung des Gerichts hatte die legis actio per condictionem. Condictio heißt die Besprechung eines Tages mit dem Gegner,[b]) sie ging darauf, daß er am 30. Tag ad iudicem capiendum sich einfinde. Sie ist eingeführt durch die Lex Silia für die Klage auf eine bestimmte Geldsumme, für die Klage auf das Geben irgend eines andern bestimmten Gegenstands durch die Lex Calpurnia.[c]) Schon zur Zeit des Gaius war es zweifelhaft, auf welchem Grund ihre Einführung beruhe, cum de eo, quod nobis dari oportet, potuerimus sacramento aut per iudicis postulationem agere. Es läßt sich eine doppelte Veranlassung denken. Die eine ist, daß man diese einfachste aller Sachen, wobei der Richter streng an den wörtlichen Inhalt des Geschäfts gebunden, sein Officium also eng begrenzt war,

---

a) Valerius Probus giebt die Notä: P. oder T. I. A. V. P. V. D. mit der Auflösung: Praetorem oder Tento oder Tempore iudicem arbitrumve postulo uti des: offenbar unrichtig, T bedeutet den Namen des Richters, also vielleicht Titium. [Keller Civilpr. § 17 Note 241 erinnert nicht mit Unrecht, daß das Begehren einer bestimmten Person im Eingang der Legis Actio nicht wahrscheinlich sei, und schlägt (nach einer Demonstratio: Quod N° N° pecunias exigendas mandavi u. d. gl.) te, praetor, iudicem arbitrumve postulo uti des vor. Ihm folgt Huschke Iurispr. 1879 p. 139. Dafür würde aber abs te stehen müssen. Terent. Andr. 1, 2. 18. Postulare aliquem bezeichnet eine peinliche Anklage. Mir scheint das altväterisch unmaßgebliche tempori hier gerade das rechte Wort. R.] — Das Blatt, auf welchem in der Handschrift des Gaius die Darstellung dieser Legis Actio stand, ist verloren. [Materiell fällt bei dem arbitrium die Gefahr hinweg, Alles zu verlieren, welche in dem gewagten Charakter der Wette ihren Grund hat und daher bei dem sacramento und sponsione certare, wie noch später in der certa intentio (§ 165) eintritt. Cic. pro Rosc. com. c. 4. R.]

b) Gell. X 24: sacerdotes quoque populi romani quum condicunt in diem tertium, diem perendini dicunt. Paulus ex Festo: condictio in diem certum eius rei quae agitur denuntiatio. [Die Nothwendigkeit gerichtlicher Denunciation Dernburg krit. Zeitschr. I S. 469 ist nicht erweislich. Vgl. Ihering Geist des röm. R. I S. 147. R. — Vgl. aber Wach zu Keller Civilproceß Note 242.] — Natürlich wurde damit der Ausdruck des von dem Kläger verfolgten Rechts verbunden; bei Valerius Probus kommt die Formel vor: A. T. M. D. O. aio te mihi dare oportere, die sich wahrscheinlich auf diese Legis Actio bezieht, Savigny System V S. 577. [Keller Civilproceß § 14 Note 203 bezieht die Formel auf die Legis Actio sacramento.]

c) [Ueber das Vorbild der legis actio per condictionem haben verschiedene Vermuthungen geäußert: Huschke Richter's Jahrbb. 1837 S. 801. 892 und Mommsen daselbst 1845 S. 878. Ersterer hält das Fecialrecht und Recuperatorenverfahren für den ursprünglichen Sitz der Condictio (nach Livius I 32 und dem status condictus dies cum hoste), während Letzterer in der bei der sacramento in rem actio durch die lex pinaria aufgekommenen Denunciatio: sich am dreißigsten Tag ad iudicem capiendum vor dem Magistrat wiedereinzufinden (§ 154 Note a), das gemeinsame Muster des Recuperatorenprocesses und der Legis Actio per condictionem zu erkennen glaubt. Diese Meinung bringt in die Entwicklung des Verfahrens mehr innern Zusammenhang. Die weitere Ausführung Mommsen's aber: die Legis Actio habe ihren Namen von der Comperendinatio (§ 154 a), also der dreitägigen Nachfrist, da die Denunciation der dreißigtägigen Hauptfrist nur eine einseitige dictio, keine condictio gewesen sei, — ist, abgesehen von andern Gründen (§ 53 e), gegen Gai. IV 18 und 15, wo der Plural venirent deutlich genug auf eine gegenseitige Denunciatio hinweist. R.]

ausschließend an einen Einzelrichter weisen wollte, auf daß das Collegium der Decemvirn nicht mehr damit behelligt würde.[d]) Die andere wäre die Aufhebung des Creditirens durch Nexum, und die Entstehung der neueren Contractsformen durch Stipulation, durch Einschreiben in die Hausbücher, und beim Darlehn durch einfaches Hingeben des Geldes,[e]) die, wenn auch im ius gentium längst anerkannt, in den Zwölf Tafeln noch nicht garantirt waren, wegen deren also nicht lege hätte geklagt werden können. Wahrscheinlich haben beide Veranlassungen zusammen gewirkt.[f])

Eine ganz eigenthümliche Bewandtniß, wodurch sie sich von allen bisherigen unterscheidet, hat es mit der legis actio per manus iniectionem, die als eine nothwendige Ergänzung für jene schon der ältesten Zeit angehört. In gewissen Fällen konnte durch feierliche Ergreifung des Beklagten vorgeschritten werden. Der Kläger sprach in solennen Worten den Grund aus, z. B. quod tu mihi iudicatus sive damnatus es sestertium decem milia, quae dolo malo non solvisti, ob eam rem ego tibi sestertium decem milium iudicati manus iniicio, und legte zugleich Hand an den Beklagten. Wo diese Legis Actio gestattet war, fiel die In Ius Vocatio weg, der Kläger ergriff den Beklagten, wo er ihn traf, brachte ihn vor den Prätor, und nahm nun jene solenne Manus Injectio vor.[g]) Sie war in ihrer ursprünglichen Gestalt nicht die Einleitung zu einem Rechtsstreit mit dem Beklagten, dieser wurde vielmehr dem Kläger sofort überantwortet, der ihn mit sich nehmen und ihn fesseln konnte, wenn sich nicht ein tüchtiger Vindex fand, der für ihn eintrat, die Klage (sacramento) übernahm, und jenen dadurch befreite.[h]) Die Fälle, wo diese für den Be-

---

d) Zwar konnte auch bei der legis actio sacramento nach der Lex Pinaria ein Richter gegeben werden, das hing aber von dem Willen der Parteien ab.

e) Pecunia stipulata, expensa lata, adnumerata Cic. pro Q. Rosc. com. 4. 5.

f) Eine dritte, die dahin gestellt bleiben mag (die Vermeidung der Strafe an das Aerar, an deren Stelle nach der lex silia eine Succumbenzstrafe von $33^1/_3$ Procent an den Gegner trat) ist genannt in Puchta veris cap. III p. 9. [Dieß ist ohne Zweifel ein wesentliches Moment, nur muß dabei nicht die Vermeidung des Sacramentum, sondern die durch den Verfall der moralischen Grundlagen des Credits gebotene poena perfidiae debitorum (Gell. 20, 1) als vorherrschend betrachtet werden. Diese Strafe stieg, wenn der Schuldner auch das Zahlungsversprechen zu leugnen wagte, sogar auf 50 Procent (§ 157 e g), denn grave est fidem fallere L. 1 D. de pec. const. 13, 5), höher aber konnte man vor dem Judicat nicht gehen § 160 m. — Eine vierte Veranlassung der neuen Actio lag in dem Proceß, d. h. aber nicht in der condictio auf den Dreißigsten: diese ist uralt (§ 154 a), sondern in dem kürzern Beweis und Executionsverfahren (Lex iul. municip. 40—45. Paul. II 1 § 1): die Macht des Prätors, den Eid über das ganze Rechtsverhältniß zu erzwingen und den Eidesweigernden extra ordinem zur Zahlung anzuhalten L. 34 § 6 L. 14 de iureiur. 12, 2), die schon Plautus (Rud. prol. 14. Curc. 4, 2. 10. Pers. 4, 3. 9. Bach. 2, 3. 36) kennt, kann nur aus der lex silia herrühren. Die lex calpurnia dehnte dieses Eides- und Executionsrecht auf omnis certa res aus L. 34 pr. D. de iureiur. 12, 2 L. 11 § 1—3 rer. am. 25, 2 und gab dem arbitrium liti aestimandae seine (§ 173 d § 179 t) § 166 r zu erwähnende Gestalt, die Succumbenzstrafen blieben jedoch auf pecunia credita und constituta beschränkt. So erklärt sich zugleich die Stellung dieser Lehren in den Quellen. Eine andere Ansicht stellt Keller § 18 S. 85 auf. Er hält die sponsio für präjudiziell, allein dann würde die Restipulatio überflüssig sein und für die Fälle der lex calpurnia, wo sie ganz fehlt, schon eine Formula angenommen werden müssen, während Gaius 4, 19. 33 nur von einer Legis Actio weiß, auf welche auch das abgetrennte arbitrium bestimmt genug hindeutet. R. — Vgl. Bekker Aktionen S. 76 f. Karlowa Legisactionen § 26. 27 Huschke Multa S. 486 ff.]

g) Wo daher eine außergerichtliche Manus Injectio gestattet war, dürfen wir schließen, daß diese Legis Actio darauf folgte, wenn der Beklagte sich mit dem Kläger nicht auf dem Weg zum Gericht abfand.

h) Festus: Vindex ab eo quod vindicat, quo minus is qui prensus est, ab aliquo teneatur. S. auch § 160 Note e.

klagten so gefährliche Actio eintrat, waren nach den Zwölf Tafeln folgende: 1) Gegen einen verurtheilten oder pro damnato erachteten Schuldner.[i] 2) Gegen den fur manifestus.[k] 3) Wenn jemand einen im Zustand der Freiheit lebenden Menschen als seinen Sclaven ansprach, in servitutem vindicirte, so führte er diesen Proceß nicht mit ihm selbst (eine solche Verhandlung mit diesem Menschen wäre im Widerspruch mit seiner Behauptung, daß er sein Sclave sei, gewesen), sondern mit einem Assertor oder Vindex, d. h. er verfuhr gegen jenen Menschen durch Manus Injectio mit obiger Folge.[l] 4) Aus den gesammten Nachrichten über das Nexum geht hervor, daß dieser mit Anwendung der Mancipationsform (per aes et libram) eine Geldschuld

---

i) Dahin gehört, wer der In Jus Vocatio nicht folgsam ist, überhaupt der indefensus (§ 160), der aes confessus (§ 173).

k) Gai. III 189. Vgl. § 80 S. 191. [Hiergegen Keller Civilproceß § 19 a. E.]

l) Liv. III 44: virgini venienti in forum (ibi namque in tabernis literarum ludi erant) minister decemviri libidinis [Claudius der Client, der sie als seine Sclavin vindiciren sollte) manum iniecit, serva sua natam servamque appellans sequi jubebat. Zimmern (Civilproceß § 44) ereifert sich sehr gegen Heffter, der diesen Fall der Manus Injectio bemerkt hat (observ. ad Gaii comm. IV p. 15); es würde ihm aber schwer geworden sein, anzugeben, wie denn sonst gegen den als Sclaven in Anspruch genommenen hätte verfahren werden sollen. Das Verfahren gegen einen Menschen, mit dem selbst man nicht den Proceß führen wird, ist stets manus iniectio. — Es ist hier der Ort, die Entscheidung des Decemvir Appius zu erklären, von dem erzählt wird, er habe gegen die ausdrückliche Vorschrift des von ihm selbst verfaßten Gesetzes die vindiciae secundum libertatem verweigert (§ 161 Note u). Daß sein Verfahren auch formell so frech gesetzwidrig war, wie es in den Erzählungen dargestellt zu werden pflegt, ist kaum denkbar. Das Gesetz gestattete dem in servitutem Vindicirenden die manus iniectio, zugleich befahl es die vindiciae secundum libertatem; die Anwendung dieser letzten Vorschrift setzt aber voraus, daß eine Vindication stattfindet, also daß ein Vindex eintritt, der den Proceß übernimmt. Dann und nicht früher ist der Ergriffene bis zur Entscheidung freizugeben. Für Appius, um die Jungfrau durch seinen Clienten in seine Gewalt zu bekommen, kam es daher nur darauf an, einen Zeitpunkt zu treffen, wo zu erwarten stand, daß ein Vindex nicht sofort sich finden werde, indem die Angehörigen abwesend waren, Andere ließen sich wohl durch die Scheu vor dem mächtigen Mann abschrecken, oder man konnte im Nothfalle ihre Tüchtigkeit als Vindices beanstanden. So geschah es; in unziemlicher Eile, aber ohne Verletzung des formellen und geschriebenen Rechts, gab Appius, als sich kein Vindex anbot, sein Decret, das dem Vindicanten die Jungfrau überlieferte. Nach diesem kamen erst Oheim und Verlobter der Unglücklichen hinzu, sie boten sich als Vindices an, Appius konnte diesen Antrag für heute wegen geschlossenen Verfahrens, und auch abgesehen davon, wegen des Näherrechts des angeblichen Vaters verwerfen. Das böse Gewissen hieß ihn nachgeben, erschien der Vater am andern Tage nicht (und er glaubte dieß verhindern zu können), so war dieß als ein Aufgeben seines Rechts, als ein Zugeständniß an den Kläger zu behandeln, und man gewann durch den Aufschub einen definitiven Sieg in der Sache. Erst als der Vater am zweiten Tag wirklich erschien, riß den Decemvir die Wuth, sich getäuscht und den wohlangelegten Plan vereitelt zu sehen, über die Schranken des formellen Rechts hinaus, doch auch dieses nicht ohne einigen Schein, denn er hielt nur jenes erste Decret aufrecht, das im Grunde nicht aufgehoben, sondern nur in seiner Wirkung suspendirt worden war, indem er die Fortsetzung der Verhandlungen selbst ohne Zweifel auf einen andern Tag verschob: priusquam aut ille (der Kläger) postulatum perageret, aut Virginio respondendi daretur locus, Appius interfatur (Liv. III 47). [Erhebliche Einwendungen gegen die vermeinte Manus Injectio machen Schmidt (von Ilmenau) Zeitschrift für gesch. Rechtswiss. XIV 3 (1848) S. 77 f. Eck doppelseitige Klagen (1870) S. 25 (gegenüber der kläglichen Wiederaufnahme der Manus Injectio durch Punschart der Proceß der Virginia Wien 1860 S. 47) und Ihering Geist III S. 95 Anm. 119, welcher die Motivirung des Appius in einem Legitimationsmangel des Freiheitsklägers, nämlich in der väterlichen Gewalt eines Dritten zu finden glaubt, welche keinen Gegenanspruch gestattet, wie ihn der Sacramentsproceß verlangte. Es ist bei dieser Frage überhaupt zu beachten, daß so lange der Gegner noch nicht unbestritten bloßes Proceß*object* ist, von einer Manus Injectio nicht die Rede sein kann. Ueber die Freiheit der Virginia wurde aber noch im Sacramentsprocesse gestritten, nach Liv. 3, 56 beantragte Verginius ein praeiudicium si ab libertate in servitutem contra leges vindicias non dederit, einstweilen konnte daher von einer *Ausübung* des Besitzes noch nicht die Rede sein. R. — Vgl. Karlowa Legisactionen S. 185 ff. Huschke Multa S. 398 ff.]

constituirende Contract dem Gläubiger ebenfalls das strenge Verfahren mit Manus Injectio verschaffte, dem sich der Schuldner durch jene Verpflichtungsart im Voraus unterwarf; wer sich durch Nexum verpflichtet hatte, wurde gleich von vorn herein pro damnato behandelt.[m])

Alle diese Fälle werden unter dem Ausdruck zusammengefaßt: die Manus Injectio findet Statt gegen den Judicatus und gegen den, welcher pro iudicato erachtet wird; auch in der Legis Actio selbst kamen die Worte entweder iudicati (s. die obige Formel), oder pro iudicato vor (ob eam rem tibi pro iudicato manum iniicio). Durch spätere Gesetze wurde sie pro iudicato noch in einigen anderen Fällen gegeben, wo dieses strenge Verfahren gerecht und zweckmäßig schien. So durch die Lex Publilia dem Sponsor gegen den Schuldner, für den er sich verbürgt und bezahlt hatte, wenn ihm nicht innerhalb sechs Monaten das Bezahlte wieder erstattet war (actio depensi), durch die Lex Furia gegen den Gläubiger, der von einem von mehreren Sponsores mehr als den ihn treffenden Theil der Schuld beigetrieben hatte. Später indessen fand man die Vermehrung dieser Fälle bedenklich, im Interesse der bürgerlichen Freiheit entstanden Beschränkungen der Manus Injectio, theils durch den Einfluß der Prudentes, theils durch Gesetze. In einigen Gesetzen, welche die Manus Injectio gaben, war nicht ausdrücklich gesagt, daß sie pro iudicato stattfinden soll: so in der lex furia testamentaria gegen den, welcher ein größeres Legat, als das Gesetz gestattete, angenommen hatte, in der Lex Marcia gegen die Wucherer, die ungesetzliche Zinsen beigetrieben hatten. Dieß gab, da es gerecht schien, das strenge Verfahren so viel als möglich einzuschränken, Veranlassung zur Annahme einer Manus Injectio, die man pura im Gegensatz zu der pro iudicato nannte, und bei welcher von jenem Verfahren nichts übrig blieb, als die Einleitung durch das außergerichtliche Ergreifen und die vor dem Prätor gesprochenen Worte, der Beklagte bedurfte hier keines Vindex, er konnte manum sibi depellere et pro se lege agere, d. h. es wurde von da an gegen ihn mit einer der übrigen legis actiones geklagt. Dieß suchte man auch für frühere Gesetze, wenn darin nicht die Worte pro iudicato standen, geltend zu machen. Die Rechtsunsicherheit, die dadurch entstanden war, hob eine Lex, deren Name bei Gaius nicht vollkommen lesbar ist,[n]) durch die Vorschrift, daß die Manus Injectio mit der alten Wirkung nur in zwei Fällen stattfinden solle: gegen den Judicatus und bei der actio depensi; in allen andern blieb von ihr nur jene außergerichtliche Ergreifung übrig. Ueber die Aufhebung eines wichtigen Falls, des Nexum, haben wir noch eine besondere Nachricht. Ein Gesetz, welches in der Mißhandlung eines Jünglings C. Publilius durch dessen Gläubiger seinen nächsten äußerlichen Anlaß gehabt haben soll,[o]) schrieb vor,[p]) daß die gegenwärtigen und künftigen Nexi befreit sein sollten, d. h. daß ein Nexus die Folgen

---

m) Die Natur des Nexum wird im Privatrecht untersucht werden. [§ 269. — Gegen die manus iniectio aus Nexum jetzt Huschke Multa S. 399 Voigt Ius naturale III S. 717 f.]

n) Gai. IV 25. In der Handschrift hat man gelesen lege uallia oder auch uauia oder ualeia. Die Vermuthungen: valgia, villia, velleia, varia, aquilia führen zu keinem irgendwie erheblichen Resultat. Eher könnte die lex publilia bei dem sponsor gemeint sein. [Die Lesung Vallia ist durch Studemund bestätigt; vgl. Note s.]

o) Liv. VIII 28. Cic. de republ. II 34: cum sunt propter unius libidinem omnia nexa civium liberata, nectierque postea desitum, und die valesianischen Excerpte aus Dionysius [16, 5], Varro de L. L. VII 105 (Müller) nach der florentinischen Handschrift, (aus der die andern geflossen sind) von dem Nexum: hoc C. Popilio vocare sillo dictatore sublatum ne fieret, ut omnis qui bonam copiam iurarunt, ne essent nexi sed soluti.

p) Vgl. Savigny über das altröm. Schuldrecht (1834) S. 16.

der Manus Injectio ohne Vindex durch seine eigene Stellung vor Gericht sollte abwenden können, wodurch das Nexum aufhörte, dem Gläubiger einen besonderen Vortheil zu gewähren, und darum außer Gebrauch kam. Man pflegt dieses Gesetz Lex Pötelia oder Pötelia Papiria zu nennen. Dieß gründet sich lediglich darauf, daß Livius erzählt, der Senat habe den Consuln geboten, ein Gesetz jenes Inhaltes einzubringen und daß er diese Thatsache in das Jahr 428, wo C. Pötelius und L. Papirius Consuln waren, einreiht. Geben wir dieß auf (und mit voller Bestimmtheit sagt nicht einmal Livius, jene Consuln hätten wirklich das Gesetz eingebracht), so haben wir überhaupt keine Veranlassung mehr, das Gesetz einem Pötelius zuzuschreiben; dieß haben die übersehen, welche jenem Consul den Dictator Pötelius vom Jahre 441 substituiren wollen.[q] — Hier drängt sich folgende Bemerkung auf. Drei Thatsachen sind uns überliefert, die theils entschieden, theils höchst wahrscheinlich in einer inneren Beziehung zu einander stehen: die Aufhebung des Nexum (von Varro, Cicero, Livius, Dionysius bezeugt) durch ein Gesetz, dessen Name nicht sicher ist,[r] die Beschränkung der Manus Injectio, für die Gaius ein Gesetz von zweifelhaftem Namen anführt (Note n), und die Lex Silia, welche eben für den Fall, bei dem das Nexum üblich war, eine neue Legis Actio einführte (s. oben). Sollten dieß nun wirklich drei verschiedene Gesetze sein? Undenkbar wäre es nicht, ja es würde sich dieser Umstand ganz gut erklären lassen, aber wir müssen nicht vergessen, daß die Existenz dreier verschiedener Gesetze durchaus nicht hinlänglich beglaubigt ist.[s]

Die letzte Legis Actio, die mit der Manus Injectio das gemein hat, daß sie nicht auf die Anordnung eines Judiciums gerichtet ist, aber von allen dadurch sich unterscheidet, daß sie nicht vor dem Magistrat, auch nicht gegenüber dem Gegner, also gewissermaßen extra ordinem des alten Rechts vorgenommen wird, ist die per pignoris capionem. Sie besteht in der Wegnahme einer Sache mit feierlichen Worten, die den Grund der Pfändung ausdrückten. Das Pfand mußte von dem Schuldner gelöst werden, oder es wurde verkauft.[t] Die pignoris capio, die der Magistrat durch einen Diener vollstrecken ließ (§ 79 Note u und unten § 179), ist hier nicht gemeint, sondern die einer Privatperson zustehende; dennoch aber haben alle Fälle, wo sie theils nach altem Gewohnheitsrecht, theils nach gesetzlicher Vorschrift stattfand, einen engen Zusammenhang mit dem öffentlichen Interesse. Vor allem gehört dahin die pignoris capio rei militaris, die der Soldat wegen des Solds, aes militare, der Ritter wegen des aes equestre (Summe für das Pferd), und wegen des Futtergelds, aes hordearium, gegen den hatte, der es zu bezahlen schuldig war. Diese Gelder pflegten nämlich in alter Zeit nicht aus dem Aerarium gezahlt, sondern die Empfänger an diejenigen unmittelbar gewiesen zu werden, denen diese Leistung

q) Niebuhr (röm. Gesch. III S. 178. 343). Von der gleichen Annahme ist die Emendatio des Varro Poetelio statt Popilio ausgegangen, welche Lachmann so vervollständigt hat: hoc C. Poetelio *Liuone Visulo* dictatore sublatum ne fieret: et omnes qui bonam copiam iurarunt, ne essent nexi, dissoluti. [Eben so Huschke Recht des Nexum (1846) S. 129—131.]

r) Das handschriftliche sillo bei Varro könnte gar wohl Silio zu lesen sein.

s) [Huschke a. a. O. S. 143—147 vermuthet, die lex vallia (Note n) möge eine lex valeria des Dictators M. Valerius Corvinus gewesen sein, mit der man den gefährlichen Schuldneraufstand im Jahr 413 (Victor de viris ill. 29. Appian. de reb. samnit. I 1. 2) beschwichtigt habe. Der Aufhebung der executiven Manus Injectio bei bestrittenen Forderungen sei dann als ein weiterer Schritt das Verbot dieser Proceßform bei eingestandener Schuld (durch die lex poetelia) gefolgt. — Vgl. dagegen Bruns Zschr. f. R. G. XII (1875) S. 131 f.]

t) Gai. IV 32.

auferlegt wurde.[u]) Wie die Soldaten Forderungen geltend machten, die ihrem Ursprung nach öffentliche waren, so war dieß auch der Fall bei den Publicanen, denen die pignoris capio wegen der gepachteten Staatseinkünfte gegen die Abgabenpflichtigen ebenfalls gegeben war. Eine andere Classe von Fällen betrifft das ius sacrum. Die Zwölf Tafeln ließen die pignoris capio zu gegen den, welcher ein zum Opfer bestimmtes Thier kaufte und den Preis nicht zahlte, ferner gegen den Miether eines Thiers, dessen Miethpreis zur Verwendung in dapem (in sacrificium) bestimmt worden ist.[v])

b. Formulae.

aa. Allgemeines.

CLXIII. Die eigentliche Form der Legis Actiones bestand darin, daß durch mündliches Aussprechen gewisser Worte der Proceß begonnen wurde, und der Anspruch, den man geltend machte, mit Gesetzesworten bezeichnet werden mußte. Wer darin fehlte, verlor den Proceß. Diese enge Anschließung an das gesetzliche Recht hemmte nicht eine weitere Entwickelung des Rechts, so lange diese an dem eigentlichen Geist des Ius civile festhielt (§ 78), als sie aber unter den Einflüssen des Ius Gentium eine freiere und selbständigere Richtung nahm, mußte jene Nothwendigkeit der Legis Actiones eine immer drückendere Fessel werden. Aber dieß war es nicht allein, was eine andere, diesen Bedürfnissen entsprechendere, biegsamere Form des Verfahrens wünschenswerth machte. Wären auch die Prudentes bereit gewesen, sofort der Erweiterung des Rechtsbewußtseins durch Anfügung, wie es eben hätte glücken wollen, an die gesetzlichen Sätze Platz zu machen, so hätte es nicht fehlen können, daß man in der Legis Actio einen Anspruch genannt hätte, von dem der nachher vor dem Richter vorgebrachte ganz verschieden war, die Theilnahme des Magistrats wäre eine ganz leere Form geworden, während der Richter, durch keine Vorzeichnung seiner Thätigkeit mehr beschränkt, eine unberechenbare

---

u) Liv. I 43: — et quibus equos alerent, viduae adtributae, quae bina milia aeris in annos singulos penderent. Gai. IV 27: — nam propter stipendium licebat militi, ab eo, qui aes tribuebat, nisi daret, pignus capere —. Cato apud Gell. VII 10: pignoris capio ob aes militare, quod aes a tribuno aerario miles accipere debebat —. Paul. ex Festo: aerarii tribuni a tribuendo aere sunt appellati. Aerarium sane populus romanus in aede Saturni habuit. Dieser letzte Satz zeigt, daß die tribuni aerarii mit dem Aerarium nichts zu thun hatten, und dasselbe geht auch aus der Erklärung des Namens im ersten Satz hervor, so wie aus dem dieser Mißdeutung ganz entnommenen: tribuni aeris bei Plin. hist. nat. XXXIII 7. Daß diese tribuni aerarii (die auch unter den Judices der Lex Aurelia vorkommen S. 159) keine Magistrate waren, wie man früher geglaubt hat, womit sich denn freilich die pignoris capio der Soldaten gegen sie, und eben so die beträchtliche Anzahl, welche die Lex Aurelia voraussetzt, schlecht vertrug, dieß hat sehr gut und überzeugend nachgewiesen Madvig de tribunis aerariis 1838. [Eben so wenig aber dürfen sie mit den bürgerlichen Tribusvorstehern (curatores tribuum) identificirt werden, wie Mommsen (die römischen Tribus 1844 S. 24. 51—57. Vgl. dagegen Huschke in Richter's Jahrbb. 1845 S. 591 ff.) gethan hat. Vielmehr waren sie Militärintendanten, denen in früherer Zeit die Zahlung des Soldes so aufgelegt war, daß die Soldaten mit ihrer Soldforderung unmittelbar an sie gewiesen wurden. Der erste unter ihnen hatte zugleich die Liste (tributus) des Soldes und der Lieferungen zu entwerfen: Festus im Auszuge s. v. primanus tribunus erat, qui primae legionis tributum scribebat. Nach Abschaffung der Pignoris Capio, die schon zu Cato's Zeit antiquirt war, ging die Soldzahlung von den Tribunen auf die Quästoren über. R. — Vgl. Marquardt Staatsverwaltung II S. 168 f.] Zur Zeit der Lex Aurelia hatte demnach ihre ursprüngliche Bedeutung längst aufgehört, und der Name bedeutete (wie der der Ritter — Schol. Bob. p. 229 Orell. tribuni aerarii et equites eiusdem scilicet ordinis viri) nur noch einen gewissen Census. So kommt er auch noch später für eine Richterdecurie vor Plin. hist. nat. XXXIII 7. 8.

Macht erhalten hätte. Gerade dieses Bedürfniß, unter dem sich ausdehnenden Recht dem Magistrat eine maßgebende Mitwirkung zu bewahren, und der mit dem Recht selbst wachsenden Macht der Richter Schranken zu ziehen, also mit einem Wort, eben die Vortheile der Trennung des Verfahrens in Jus und Judicium festzuhalten, führte zu der neuen Einrichtung, die hier beschrieben werden soll. Sie verstärkte den Einfluß der Magistrate, und stimmte so mit der ganzen Richtung zusammen, welche die Entwickelung des römischen Staats nahm.

Diese einflußreichere Stellung gestaltete sich zuerst bei der Peregrinenjurisdiction. Ob nicht hier schon das Verfahren, das nachher auf die Römer übergetragen ward, im Wesentlichen sich gebildet hatte, mag dahin gestellt bleiben, unwahrscheinlich ist es nicht.[a]) Für die Römer blieben die Legis Actiones das ausschließliche Verfahren, bis zur Lex Aebutia, welche neben ihnen ein anderes Verfahren, das durch Formulä einführte (§ 80).

Dieses neue Verfahren bestand darin, daß der Proceß eröffnet und anhängig gemacht ward durch eine Schrift, in welcher der Magistrat die Streitpunkte zusammenfaßte, per concepta verba. Die Schrift heißt formula. Diese enthält 1) die Bestellung des Judiciums, vor dem die Sache verhandelt werden soll: Octavius iudex esto,[b]) oder: P. Cornelius, C. Laelius, M. Sempronius recuperatores sunto; bei dem Formularverfahren wurde stets das Judicium bestellt, — um die Sache an ein ständiges Gericht zu bringen, mußte durch Legis Actio geklagt werden; 2) die Instruction des Richters, welche durch Zusammenfassung des Streitpunkts mit der Anweisung, nach Befinden: si paret — si non paret zu entscheiden, ertheilt ward.

Das Verfahren mit Legis Actiones wurde nicht aufgehoben, weder durch die Lex Aebutia, noch durch die beiden Leges Juliä, welche es noch mehr als jene einschränkten.[c]) Schon durch die Aebutia aber wurden gewisse Legis Actiones sicherlich ganz abgeschafft, so die per condictionem, die in der That keine Bedeutung mehr hatte, und selbst nur eine Art von Uebergangsbildung zu dem neueren Verfahren gewesen war, vielleicht auch die per iudicis postulationem. Seit den Leges Juliä blieben nur zwei Fälle übrig, wo die Legis Actio gestattet ward: wegen damnum infectum (ohne daß Gaius die Form näher angiebt, er sagt nur, daß sie hier niemals wirklich vorkomme), und wenn die Rechtssache vor die Centumvirn kommen soll, wo sie durch legis actio sacramento vor einem Prätor oder Präses Provinciä eingeleitet werden muß.[d]) Damit waren die übrigen Legis Actiones außer Anwendung gesetzt, und nur

---

a) Der Legis Actio war der Peregrine nicht fähig, aber ihre Anwendung ließ sich so denken, daß der Peregrine einen Bürger zum Vertreter haben mußte, der für ihn als actor auftrat, wie es noch später bei den pecuniae repetundae geschah (§ 156). Dieß mag der älteste Modus bei Processen zwischen Römern und Peregrinen gewesen sein, der dann vielleicht einem dem späteren römischen analogen Verfahren Platz machte. [Vgl. Keller C. Pr. Note 192. Karlowa Legisactionen S. 345.]

b) Cic. in Verr. II 12.

c) Gell. XVI 10. Gai. IV 30. 31. Da die legis actio nicht bloß für ein privatum iudicium, sondern auch bei einem publicum (so bei den repetundae) vorkommen konnte, so ist es das Natürlichste, die »duas iulias« von den leges iudiciorum privatorum und publicorum des August zu verstehen. [An die lex Iulia repetundarum des Cäsar dachte Rudorff Zeitschr. f. g. Rechtswiss. XII S. 136—149, hat dieß aber in der Rechtsgeschichte II § 39, 19 zurückgenommen.]

d) Gai. IV 31: ante lege agitur sacramento apud praetorem urbanum aut peregrinum *praesidemve provinciae* [nach Studemund aut peregrinum praetorem]. Vgl. § 93 Note m. Die Vornahme der Legis Actio war eine reine Formalität, darum war es gleichgültig, bei welchem Magistrat (seine Fähigkeit zu dieser Function vorausgesetzt § 92) sie geschah,

dadurch noch in einer Art von Geltung, daß ihre Vornahme bei manchen Klagen im Formularproceß fingirt wurde, d. h. diese Klagen auf dieselbe Leistung gegeben wurden, die hätte gefordert werden können, wenn die Legis Actio vorgenommen worden wäre.[e])

Es ist schon bemerkt worden, wie durch das neue Verfahren die Thätigkeit des Magistrats erhöht wurde. Während bei der Legis Actio seine Rolle eine ziemlich passive war, so hatte er nun die Formula, also die Klage in ihrer processualischen Gestalt, abzufassen und zu geben: iudicium, formulam, actionem dabat, die Partei postulirte und impetrirte sie, sei es in Gemäßheit des Ius civile (denn auch die civiles actiones mußten doch erst von dem Magistrat concipirt und somit gegeben werden) oder des Edicts. Der Magistrat konnte aber die Formel, die sich die Partei erbat, aus bestimmten Gründen verweigern, denegare actionem, so 1) wenn die Klage gar nicht im Recht begründet ist, wenn es gar keine solche Klage, wie sie postulirt wird, giebt; 2) wenn die Anstellung der Klage contra bonos mores ist, so namentlich eine turpis obligatio geltend gemacht werden soll;[f]) 3) wenn die Klage im Edict nur so versprochen ist, daß ihre Verwilligung im einzelnen Fall von dem Ermessen abhängig gemacht wird;[g]) 4) wenn die Nichtzuständigkeit der Klage ohne Untersuchung auf der Hand liegt, z. B. der Schuldner bereit ist zu zahlen,[h]) oder die Sache erwiesenermaßen schon entschieden ist;[i]) 5) als Zwangsmittel gegen einen Ungehorsamen, um ihn durch Verweigerung der Klage zur Befolgung eines Gebots zu vermögen.[k])

bb. Partes Formulae.

CLXIV. In die Formel werden die Anträge der Parteien zur Nachachtung des Gerichts aufgenommen und in die processualische Form gebracht. Die Formeln bekommen ihren Inhalt theils durch die Ansprüche und Anträge des Klägers, theils durch Anträge des Beklagten. In Beziehung auf die Anträge des Klägers, insofern also die Formel die Klage enthält und gestaltet, wovon hier zunächst die Rede sein wird, kann sie vier Bestandtheile haben (partes formulae), wenn auch nicht alle neben einander in Einer Formel vorkommen können: demonstratio, intentio, adiudicatio, condemnatio.[a])

---

dieser Magistrat hatte keinen Einfluß auf das centumvirale iudicium darum, daß er bei der Legis Actio mitwirkte.

e) So bei der Klage des Publicanus gegen den Zollpflichtigen Gai. IV 32, während vor den Leges Juliä den Publicanen noch die pignoris capio selbst zustand. Cic. Verr. III 11.

f) L. 26. 27 D. de V. O. (45, 1).

g) Z. B. das Edict: Qui servum alienum adversus bonos mores verberavisse, deve eo iniussu domini quaestionem habuisse dicetur, in eum iudicium dabo. Item si quid aliud factum esse dicetur, causa cognita iudicium dabo L. 15 § 34 D. de iniur. (47, 10).

h) L. 30 D. de solut. (46, 3) L. 21 D. de iudic. (5, 1).

i) Cic. pro Flacco 21.

k) Z. B. L. 1 § 10. 13 D. de collat. (37, 6).

a) Gai. IV 39. 52. Zur Veranschaulichung mag hier einstweilen folgende Formel stehen: Quod Aulus Agerius de Numerio Negidio incertum stipulatus est (Demonstratio), Quidquid ob eam rem Numerium Negidium Aulo Agerio dare facere oportet (Intentio), Eius iudex Numerium Negidium Aulo Agerio condemnato, si non paret absolvito (Condemnatio). Den Kläger pflegen die römischen Juristen in ihren Anleitungsformularien mit Aulus Agerius (der Reiche, welcher klagt), den Beklagten mit Numerius Negidius (der zahlen soll und sich weigert) zu bezeichnen, ein altväterischer Scherz, der in den Unterrichtsbüchern herkömmlich fortgeführt ward. [Eine Schwierigkeit trat ein, wenn eine Partei zwischen der Stipulation und Litis Contestatio ihren Namen durch Capitis Diminutio oder Annahme eines fremden geändert hatte.

Der erste Theil ist die Demonstratio: die Bezeichnung des Factums, welches dem Anspruch des Klägers zu Grunde liegt; es wird so ausgedrückt, wie es der Kläger behauptet: Quod A. A. apud N. N. mensam argenteam deposuit — Quod A. A. No No hominem vendidit. Der Zweck der Demonstration ist, das Verhältniß, über welches der Richter zu urtheilen hat, näher zu bestimmen, wo es dieser Bestimmung bedarf, was von der Beschaffenheit der zweiten Pars Formulä abhängt. Die Frage, welche Formeln eine Demonstration enthielten, wird erst unten beantwortet werden können.

Die Demonstratio enthält zuweilen einen Zusatz eigenthümlicher Art, welcher praescriptio (pro actore vgl. § 171) heißt.[b] Eine Forderung kann auf mehrere Prästationen gerichtet sein, von denen man jetzt eine einklagen, die andere sich vorbehalten will, die Formel aber ist von der Beschaffenheit, daß sie überhaupt auf das geht, was der Beklagte dem Kläger aus diesem Verhältniß schuldet: quidquid ob eam rem (die vorher in der Demonstration genannte) dare facere oportet (incerta actio s. nachher). Hier liegt jene Beschränkung des Judiciums auf einen Theil des gesammten Gegenstands nicht in dieser Fassung des Anspruchs selbst, diese vielmehr ist auf alles, was der Kläger aus dem Verhältniß zu fordern hat, gerichtet, die Beschränkung kann aber durch einen einleitenden Zusatz bewirkt werden, der die an sich allgemeinere Klage auf den einzelnen Punkt reducirt: ea res agatur etc. mit dem Vorbehalt, sie wegen der übrigen noch einmal anzustellen.[c] Dieß fand Anwendung, wenn die Forderung auf terminweise Prästationen ging, von denen noch nicht alle fällig waren: ea res agatur, cuius rei dies fuit. Ohne diesen Zusatz würde der Kläger jetzt auch nur den fälligen Theil bekommen haben, aber nach dem Eintritt der folgenden Termine, da die ganze Sache in Judicium deducirt worden wäre (was eben durch den Zusatz verhindert wird), nicht wieder haben klagen können. Ferner wenn überhaupt der Kläger sich veranlaßt sah, für jetzt nur einen Theil seiner Ansprüche mit einer an sich unbestimmt auf das Ganze gefaßten Klage geltend zu machen, z. B. wenn der Kläger, dem zugleich die Mancipation des gekauften Grundstücks versprochen ist, einstweilen diese, später erst die Tradition fordern will: ea res agatur de fundo mancipando.[d] Diese

---

Von diesem Fall handelt ein Fragment des P. Ausidius (Namusa oder Tucca S. 249) bei Priscian. 8, 4 p. 791. Putsch. si quis alio vocitatur nomine tum, cum lis contestatur, atque olim vocitabatur. — Ohne Zweifel wurde in der Demonstratio der frühere Name genannt und der jetzige mit der Designatio qui nunc . . . vocitatur hinzugesetzt; in der Intentio und Condemnatio aber der jetzige und diesem der ehemalige etwa mit einem: cui olim . . . . nomen fuit angeschlossen. Oder man half durch eine Präscription (wie in dem ähnlichen Fall bei Gai. IV 134). Huschke Zeitschr. f. g. Rechtsw. X S. 339—342. Nach der Litiscontestation trat eine translatio ein L. 57 de iud. (5, 1) — vorausgesetzt überall, daß das iudicium ein legitimum ist, wo die Personen civiliter designirt werden. Gai. III 83. R.]

b) Gai. IV 130—137.

c) Cic. de fin. II 1: Omnis autem in quaerendo, quae via quadam et ratione habetur oratio, praescribere primum debet, ut quibusdam in formulis: ea res agatur ut inter quos disseritur, conveniat quid sit id, de quo disseratur. [In demselben Werk (V 26) braucht er das Gleichniß noch einmal: et ego, Piso, inquam, si est quisquam, qui acute in causis videre soleat, quae res agatur, is es profecto tu. Aus der Vergleichung beider Stellen erhellt, daß in der ersten die Worte *ea* res agatur in: *quae* res agatur zu ändern und statt für den Anfang einer Präscriptio vielmehr für eine Anspielung auf die Demonstratio oder Designatio § 165 zz zu nehmen sind. Dieß scheint Huschke Zeitschr. f. g. Rechtsw. XIII S. 327 zu übersehen. R. — Vgl. Keller Civilproceß Note 470.]

d) Vgl. außer Gaius (Note b) auch L. 48 § 7 D. de aedil. ed. (21, 1): cum redhibitoria actione de sanitate agitur, permittendum est de uno vitio agere et praedicere, ut si quid aliud postea apparuisset, de eo iterum ageretur. — Vielleicht wurde auch die Prote-

Präscriptiones setzen eine Klage auf ein Unbestimmtes, incerta actio, voraus, denn ist die Formel auf einen bestimmten Gegenstand gerichtet, so kann die Beschränkung durch die Fassung auf den Theil selbst erreicht werden, z. B. wenn der Kläger zwanzig stipulirt hat und er will jetzt nur die Hälfte einklagen, so thut er dieß mit der Formel: si paret decem dare oportere reum, und ist nicht gehindert, wegen der übrigen zehn später wieder zu klagen.[e]) Aber es giebt dennoch einen Fall, wo auch bei einer certa actio eine Präscriptio nöthig wird. Wenn der Herr aus einem Contract seines Sclaven klagt, so wird er in der Formel als der Gläubiger bezeichnet, denn er erwirbt die Forderung durch seinen Sclaven. Nun wird es aber doch nothwendig, anzugeben, wer den Contract geschlossen hat, dieß geschieht bei der incerta actio (quidquid etc.) — in der Demonstration: quod Stichus servus de N. N. incertum stipulatus est, worauf dann folgt: quidquid ob eam rem N. N. Ao Ao (dem Herrn des Stichus) dare facere oportet, und eine Präscriptio ist unnöthig. Anders bei der certa actio, die keine Demonstratio enthält (§ 167), sondern gleich so beginnt: si paret Numerium Negidium Aulo Agerio decem dare oportere, hier wurde jenes factische Verhältniß, daß A. A. nicht selbst, sondern sein Sclave diese Summe stipulirt habe, in einer vorausgeschickten praescriptio angegeben.[f]) Was endlich die Fassung des Zusatzes, von dem hier gehandelt worden ist, anlangt, so wird er entweder mit den Worten: ea res agatur etc. ganz vorausgeschrieben, und davon hat er den Namen praescriptio erhalten, oder er wird mit der Demonstration verwebt,[g]) theils so, daß diese zwischen jene Eingangsworte und die den Inhalt der Präscriptio bezeichnenden hineingesetzt wird,[h]) theils so, daß die Eingangsworte (ea res agatur) ganz weggelassen werden.

CLXV. Wir gehen zur Intentio über. Dieß ist der Theil der Formel, welcher am engsten mit den Rechten, die geltend gemacht werden, zusammenhängt, und darum auch den bedeutendsten Einfluß auf die Natur des Rechtsstreites hat.

Die Intentio ist die Bezeichnung des Rechts, welches der Kläger nach dem Ius civile sich zuschreibt, das er geltend macht und gegen den Beklagten verfolgt, daher ea pars formulae, qua actor desiderium suum concludit. In der Intentio zeigt sich daher die Verschiedenheit der Klagen, soweit sie von der verschiedenen Natur der geltend gemachten Rechte abhängt. Hier ergiebt sich nun folgender Unterschied als der erste und bedeutendste.

Die Intentio ist entweder ausdrücklich gegen die Person des Beklagten gerichtet, z. B. si paret, *Numerium Negidium* Aulo Agerio sestertium decem milia dare oportere, oder es ist darin nur der Gegenstand, auf den der Anspruch des Klägers geht, genannt, z. B. si paret, *hominem* (fundum, ius utendi fruendi, hereditatem) ex iure quiritium Auli Agerii esse. Im ersten

---

station bei der Klagencumulation (L. 1 § 4 D. quod leg. 43, 3: quotiens incertum est, quae potius actio teneat — duas dictamus, protestati ex altera nos velle consequi, quod nos contingit) durch eine Präscriptio ausgedrückt.

e) Gai. IV 56. S. unten § 167. [Daher der Grundsatz tot stipulationes, quot res L. 86 de V. O. (45, 1). R.]

f) Dieß die Erklärung der durch Unlesbarkeit der Handschrift abgerissenen Stelle des Gaius IV 134. 135. Die Präscriptio vertritt hier die Demonstratio, und dadurch schließt sich dieser Fall den praescripta verba an, von denen unten § 165 a. E. die Rede sein wird.

g) Loco demonstrationis, d. h. in (nicht: statt) der Demonstratio.

h) [Z. B. *ea res agatur* quod N. N. pro Lucio Titio incertum fide sua esse iussit, modo [Huschke Zeitschr. für gesch. Rechtsw. XIII S. 329—332) *cuius rei dies fuit.* R.]

Fall ist die Intentio in personam gefaßt, und die Klage heißt in personam actio, im zweiten Fall in rem, und die Klage ist eine in rem actio.[a]) Diese intentio in rem ist für den Formularproceß, was bei den Legis Actiones die Vindicta (§ 161), darum führt auch jene den Namen vindicatio, der moderne Name dafür ist petitio (daher formula petitoria § 168); für die in rem actiones wechselt darum die Bezeichnung vindicationes und petitiones ab,[b]) so daß für manche Fälle jene (rei vindicatio, servitutis vindicatio, in servitutem, in libertatem vindicatio), für manche diese (ususfructus petitio, hereditatis petitio) die üblichere ist. Dagegen wird für die intentio in personam das Wort actio in einem ausgezeichneten Sinne gebraucht.[c]) Als in rem actio wird aber auch die behandelt, wodurch lediglich dem Gegner ein Recht an der Sache abgesprochen wird: negativa oder negatoria in rem actio (Note a): ius illi non esse utendi fruendi, eundi agendi etc., obgleich in dieser Intentio als nothwendige Folge ihrer negativen Fassung der Gegner genannt wird. Eben so giebt es umgekehrt Fälle, wo die Person des Gegners nicht erwähnt wird, und wo die Klage doch als eine persönliche gilt.[d]) So erhebt sich die Eintheilung der Klagen in in rem und in personam actiones über die processualische Form; sie trifft in ihren Hauptfällen mit jener verschiedenen Fassung der Intentio zusammen, aber sie ist nicht schlechthin abhängig von derselben, so daß sie selbst die Klagen umschließt, welche, wie unten vorkommen wird, gar keine eigentliche Intentio (iuris civilis) haben. Und dieß hat seinen Grund darin, daß jene Fassung der Intentio keinen processualischen, sondern einen materiellen Ursprung hat, nicht durch sie ist jener Unterschied der Klagen seinem Wesen nach (der Name wohl) entstanden, sondern umgekehrt, die Verschiedenheit der geltend gemachten Rechte hat jene Verschiedenheit der processualischen Form hervorgebracht (S. 51). Es sind die Klagen aus Obligationen, deren Intentio in personam gefaßt wird (Note a), da sich das Rechtsverhältniß, das die Intentio bezeichnen soll, gar nicht ohne Angabe des Beklagten (des Schuldners) ausdrücken läßt; die Klagen aus allen andern Rechten sind in rem actiones, und ihre Intentio ist in rem concipirt, weil mit der Bezeichnung des Rechts die Person des Beklagten nichts zu thun hat.[e])

Die Intentio in rem geht immer auf ein certum, d. h. der Gegenstand, auf den sie gerichtet wird, kann und muß stets bestimmt angegeben werden,[f])

---

a) Gai. IV 2. 3: In personam actio est, qua agimus, quotiens cum aliquo, qui nobis vel ex contractu vel ex delicto obligatus est, contendimus, id est, cum intendimus, dare facere praestare oportere. In rem actio est, cum aut corporalem rem intendimus nostram esse, aut ius aliquod nobis competere velut utendi aut utendi fruendi, eundi agendi aquamve ducendi, vel altius tollendi prospiciendive: (item) actio ex diverso adversario est negativa.

b) Gai. IV 5 L. 28 D. de O. et A. (44, 7) L. 178 § 2 D. de V. S. (50, 16).

c) S. die Pandektenstellen der Note b. Die letzte sagt daher: actionis verbum et speciale est et generale, nam omnis actio dicitur, sive in personam sive in rem sit petitio, sed plerumque actiones personales solemus dicere, petitionis autem verbo in rem actiones significari videntur —, eine Bemerkung, die sich auf die Zusammenstellung dieser Ausdrücke in Gesetz- und Vertragsformeln bezieht, vgl. z. B. L. 18 § 1 D. de acceptil. (46, 4).

d) L. 1 § 3 D. de interd. (43, 1): interdicta omnia, licet in rem videantur concepta, vi tamen ipsa personalia sunt. L. 9 § 8 D. quod metus (4, 2): cum autem haec actio in rem sit scripta, nec personam vim facientis coërceat, sed adversus omnes restitui velit quod metus causa factum est. —

e) Wegen dieses materiellen Gehalts der Eintheilung und ihres allgemeinen Charakters und Umfangs vgl. nun Savigny System des heut. R. R. V § 206—209.

f) [Diese bestimmte Angabe vertritt die Stelle der Gegenwart der Sache, wodurch im Legis-

die in rem actio ist eine formula qua certum petimus.[g]) Anders verhält es sich mit der intentio in personam; auch diese kann certa, aber sie kann auch incerta sein, und hiernach werden die formulae selbst in certae und incertae geschieden.[h])

Die Intentio in personam, wenn sie auf ein certum gerichtet ist, erhält die Fassung: si paret reum dare oportere. Dare nämlich in dem eigentlichen Sinn des Worts heißt das Geben eines Gegenstandes, wodurch derselbe des Empfängers wird ex iure quiritium, also mit der Wirkung, daß er ihn durch jene in rem actio vindiciren kann.[i]) Der Gegenstand der Forderung, und damit die Intentio in personam hat also hier dieselbe Bestimmtheit, die er stets bei der intentio in rem hat. Die certa formula setzt mithin zweierlei voraus: 1) Die Forderung muß auf einen Gegenstand gerichtet sein, der möglicherweise Gegenstand jener Vindication werden kann, sei er eine Sache, res corporalis (bewegliche Sachen und italische Grundstücke), oder ein Recht, res incorporalis (usus, ususfructus, ius eundi u. s. f. — bei Rechten an Grundstücken werden ebenfalls italische vorausgesetzt);[k]) 2) die Forderung muß darauf gehen, daß

---

actionenproceß die Identität constatirt wurde. § 162 Note o. L. 6 D. de R. V. (6, 1): si in rem aliquis agat, debet designare rem: et utrum totam, an partem et quotam petat, appellatio enim rei non genus, sed speciem significat. — infectae — materiae pondus, signatae — numerum, factae — speciem dici oportet, sed et mensura dicenda erit, cum res mensura continebitur. — In petendo homine nomen eius dici — item fundum petiturus, nomen eius et quo loco sit, dicere debebit vgl. Cic. pro Mur. 12 cum hoc fieri bellissime posset: fundus sabinus meus est: immo meus: deinde iudicium: noluerunt. Fundus, inquit, qui est in agro, qui sabinus vocatur. Ueber diese Bezeichnungen enthielt das Edict sehr bestimmte Vorschriften. Der technische Ausdruck dafür ist designare, oder — von der mündlichen Legis Actio und Editio her — (certum) dicere: Collatio II 6, 3: certum autem an incertum dicat, cognitio ipsius praetoris est. demonstrat autem hoc loco praetor non vocem agentis, sed qualem formulam edat. R.]

g) Ein incertum wäre hier nur möglich, wo jemand das eingeklagte Recht sich bloß zu einem Theil zuschreibt, z. B. das Miteigenthum geltend macht, wenn er diesen Theil noch nicht bestimmt anzugeben vermöchte, aber diese incertae partis vindicatio ist nur ausnahmsweise, wo ein dringender Grund dazu auffordert, gestattet Gai. IV 54 L. 76 § 1 D. de R. V. (6, 1) L. 8 § 1 D. comm. div. (10, 3) L. 1 § 5 D. si pars (5, 4).

h) Gai. IV 54. 131. [Bei der intentio certa in personam verlangt das Edict in der vom Kläger edirten Formel eben so bestimmte Angaben wie bei der intentio in rem (Note f), also: wenn die Klage auf certa pecunia numerata gerichtet ist, Angabe des Gepräges (Note n) und der Zahl der Geldstücke; wenn sie auf eine certa res geht, Anführung des Namens oder der Eigenschaften: L. 6 D. de R. V. (6, 1) si vestimenta nostra esse, *vel dari nobis oportere* petamus, utrum numerum eorum dicere debebimus, an et colorem? et magis est, ut utrumque. L. 6 D. de reb. cred. (12, 1) L. 1 D. de cond. trit. (13, 3) (Note hh). Bei der intentio incerta fällt dieß weg, außer wenn eine solche Klage zugleich infamirt (§ 167 u). R.]

i) S. Marezoll Zeitschrift für Civilr. und Civilpr. X 8 § 2 und Savigny System des heut. R. R. V S. 516 Note i. 589.

k) L. 19 D. de serv. praed. rust. (8, 3): — si omnes (iter ad communem fundum) stipulentur — singuli ex sociis sibi *dari oportere petere possunt.* — Die Klage auf Bestellung eines Rechts, welches nicht mit einer Vindication nach Jus civile, wenn auch vielleicht durch den Prätor mit gleicher Wirkung versehen ist, kann daher nie die Intentio si paret reum dare oportere erhalten. So die Klage auf Bestellung des Rechts der Superficies, des Rechts am Ager vectigalis, ferner auf Uebertragung des Eigenthums an einem Provincialgrundstück, oder auf Bestellung einer Servitut an einem solchen. Von diesem letzteren Fall verstehe ich L. 75 § 3 D. de V. O. (45, 1): fundi certi si quis usumfructum stipulatus fuerit, incertum intelligitur in obligationem deduxisse, hoc enim magis iure utimur (materiell betrachtet müßte eigentlich der Gegenstand eben so gut certum sein, wie der Ususfructus an einem italischen Grundstück, vielleicht waren schon zu Ulpian's Zeit Einige geneigt, sich über den Unterschied wegzusetzen, er weist die Neuerung in den Schlußworten zurück). Die Compilatoren haben das Wort provincialis, wie überall, weggestrichen, da jene Unterscheidung der Grundstücke nicht mehr bestehen sollte. — Anders erklärt Savigny (System V S. 518. 629) die Sache, er nimmt nämlich an, daß in dem Ausdruck

der Gegenstand auch wirklich in die civilrechtliche Macht des Gläubigers gebracht, die Sache in das quiritische Eigenthum gegeben, die Servitut iure civili (z. B. durch in iure cessio) bestellt werde.[l]) Daraus folgt auch, daß auf einen Gegenstand, der dem Kläger schon gehört, nicht mit der Intentio dare oportere geklagt werden kann, da niemanden gegeben werden kann, was er schon hat.[m])

Die Intentio auf dare oportere ist von doppelter Art, je nachdem das Certum, auf das sie geht, eine Geldsumme oder ein anderer Gegenstand ist. 1) Auf eine bestimmte Geldsumme (pecunia certa credita signata forma publica populi romani)[n]) lautet sie: si paret N. N. Ao Ao sestertium x milia dare oportere, diese Klage hat die Auszeichnung, daß die Parteien einander eine Strafe versprechen, die den dritten Theil der eingeklagten Summe beträgt, und von dem Unterliegenden dem Sieger bezahlt werden muß (§ 157 Note g), eine Auszeichnung, welche der Klage für einen Kläger, der seiner Sache sicher ist, gegen einen bösen Schuldner einen wichtigen Vorzug giebt. 2) Auf einen andern bestimmten Gegenstand lautet sie: si paret N. N. A. A. tritici africi optimi centum modios dare oportere,[o]) oder si paret N. N. A. A. fundum tusculanum dare oportere,[p]) oder si paret N. N. A. A. iter per illum fundum ad illum fundum dare oportere (Note k), diese Klage hat jenen Vorzug der sponsio poenalis nicht.[q])

Wir gelangen zur Intentio auf ein incertum. Diese tritt in allen Fällen ein, wo der Gegenstand der Klage nicht die Bestimmtheit der oben beschriebenen Art hat (z. B. in den Note [k] und [l] aufgezeichneten Fällen). Wie für das certum das Wort dare, so ist für den Ausdruck des incertum das Wort facere bestimmt.[r]). Dieser Ausdruck erhält seine volle Unbestimmtheit dadurch, daß er nicht einmal gegen das dare bestimmt abgegrenzt ist, sondern auch dieses mit

---

incerta stipulatio das Wort nicht dieselbe Bedeutung habe, obwohl er zugiebt, daß aus der incerta stipulatio fast immer auch eine incerta intentio entstanden sei. Ich glaube nicht, daß diese Aushülfe nöthig ist. [Vgl. jetzt Keller Zeitschrift für gesch. Rechtswiss. XV Num. 5 S. 147 Note 20.]

l) Wenn daher die Forderung auf Tradition einer res mancipi, oder bei Servituten nicht auf die civilrechtliche Bestellungsart, oder wenn sie überhaupt bei einer Sache nicht auf das Geben zum Eigenthum, sondern auf die Darstellung (exhibere), oder Ueberlieferung des Besitzes (reines tradere) geht, so kann die Intentio nie auf ein dare oportere lauten.

m) Gai. IV 4: — nec enim quod nostrum est, dari nobis potest, cum solum id dari nobis intelligatur, quod ita datur, ut nostrum fiat. — Dieß hat eine Ausnahme, die von den römischen Juristen selbst als eine Anomalie dargestellt wird. Gegen den Dieb könnte eigentlich nur dann mit jener Intentio auf Ersatz geklagt werden, wenn die Sache nicht mehr existirte, also dadurch dem Bestohlenen das Eigenthum entzogen wäre. Dessen ungeachtet kann er, auch während er noch Eigenthümer ist, also vindiciren könnte, wenn er wollte, die Formel si paret eum dare oportere gebrauchen. Ueber den Grund dieser Anomalie s. Savigny System V Beil. XIV 15.

n) Lex rubria cap. 21. Dio Cass. LII 30. [Fremdes Geld gilt als Waare: Volus. Maec. assis distributio 145: victoriatus enim, qui nunc tantundem valet, quantum quinarius, olim *ut* peregrinus nummus mercis loco — habebatur. R.]

o) L. 74. 75 § 2 D. de V. O. (45, 1). *p*) L. 75 § 10 eod.

q) [Eine gemeinsame Bezeichnung aller Klagen auf ein certum ist petitio und petere; lex rubria c. 22. L. 1 pr. D. de S. C. Maced. (14, 6): der praktische Unterschied von den incertae formulae, den actiones, liegt abgesehen von dem nur bei den certae möglichen in intentione plus petere (Gai. IV 54), in dem Mangel einer Demonstratio in der Formel: die causa muß aus der Lex, dem Senatusconsult L. un. D. de cond. ex lege (13, 2) L. 9 § 1 D. de R. C. (12, 1) oder dem ius civile ergänzt werden. Vgl. unten Note dd. kk. § 175 gg—ii. In den prätorischen Vindicationen, wo diese Ergänzung aus dem ius civile wegfällt, wird die causa in die Formel gesetzt. § 233 Note e und § 251 Note p. R.]

r) L. 175. 189. 218 D. de V. S. (50, 16).

enthält (Note r), daher wird in der Formel dieses Wort damit verbunden: dare facere, es soll damit ausgedrückt werden, daß auch ein dare in der Forderung, die mit dieser Formel geltend gemacht wird, enthalten sein könne.[s]) Die Intentio lautet so: quidquid paret N. N. A. A. dare facere oportere. Schon aus dieser Fassung ergiebt sich ein bedeutender Unterschied der richterlichen Function bei dieser und bei der Klage auf dare. Bei der letzteren ist der Gegenstand, über den er zu urtheilen hat, bestimmt gegeben, und der Richter kann nicht über ihn hinausgehen; am allerbeschränktesten ist er bei der Klage auf certa pecunia, denn hier hat er nur zu untersuchen, ob der Beklagte diese Summe schuldig ist oder nicht, und hiernach ihn in diese Summe (nicht mehr und nicht weniger) zu condemniren oder zu absolviren, während er bei der Klage auf alia certa res im Fall der Condemnation wenigstens noch die Aufgabe hat, den Werth in Geld anzuschlagen (§ 166), wobei er aber auch nicht über die Berücksichtigung des bestimmten Gegenstands, wie er in der Intentio genannt ist, hinausgehen darf.[t]) Anders bei der incerta intentio; da sie nicht auf einen bestimmten Gegenstand geht, so ist auch der Richter in seiner Aestimation nicht an einen solchen gebunden, er ästimirt nicht eine bestimmte Sache (Note t), sondern quidquid dari fierive oportet, also den Werth, den dieses dare facere für den Kläger hat, und handelt es sich um Sachen, die in diesem quidquid etc. enthalten sind, so ist auch auf die damit verbundenen Vortheile, namentlich auf die Früchte Rücksicht zu nehmen, von der Zeit an, wo der Beklagte zur Herausgabe verbunden war.[u]) Es ist die Rede von Früchten vor dem Proceß, die Früchte post acceptum iudicium sind auch in der certa res enthalten, der Richter hat sie in seiner Aestimation auch bei der Klage auf dare oportere zu berücksichtigen.[v])

Außer der Formel dare facere kommt noch eine andere vor, die ebenfalls incerta genannt werden kann, die aber offenbar nur bei einer sehr beschränkten Classe von Fällen stattfindet, z. B. si paret N. N. pro fure damnum decidere oportere.[w])

---

s) L. 53 pr. eod. So geht die Stipulation: tritici africi boni centum modios dare spondes? auf ein dare, aber da in dem Wort boni etwas unbestimmtes liegt (anders wenn es optimi hieße), so wird die Klage auf dare facere concipirt, Note o. Der Zusatz dare ist übrigens schon deswegen sehr natürlich, weil ja die Absicht des Klägers doch auf Condemnation des Beklagten geht, und diese stets auf eine Geldsumme geschieht.

t) Der Richter wird angewiesen quanti *ea res* est, tantam pecuniam zu condemniren. die Aestimation hängt davon ab, welchen Sinn das ea res hat, hier geht es auf den bestimmten Gegenstand, z. B. den Sclaven; dessen Werth hat der Richter zu ermitteln, nicht den durch individuelle Umstände veranlaßten Werth für den Kläger (nicht omne quod actoris interest). Z. B. A hat dem B durch Stipulation den Sclaven Stichus versprochen, darauf ist dieser Sclave von einem Dritten zum Erben eingesetzt worden. Wenn nun B klagt: sibi Stichum dare oportere, so erhält er durch den Richter den Werth des Sclaven, keineswegs überdieß den der Erbschaft, die er durch ihn erwerben könnte. Dagegen wurde es mit Grund für gerecht gehalten, wenn jene Klage gegen den Dieb angestellt wurde, eine Ausnahme zu machen L. 3 D. de cond. furt. (13, 1); man wollte dem Bestohlenen nicht weniger geben, als er mit der Vindication erlangen würde (s. Note m und Savigny System V Beil. XVI 15). Savigny a. a. O. Num. 33 ist geneigt, diese Ausnahme (die, wie mir scheint, als solche in der angeführten Stelle selbst angedeutet wird) zur Regel zu machen.

u) L. 4 pr. D. de usur. (22, 1), wo Papinian dieß als einen Vorzug der Klage auf ein incertum angiebt. Dagegen läßt Paulus eine Berechnung der Früchte auch bei der Klage auf certa res zu, wenn sie auf eine Sache angestellt wird, die dem Kläger gehörte, und ohne rechtlichen Grund in dem Vermögen des Beklagten sich befindet L. 38 § 1—3. 7 D. eod.

v) L. 38 § 7 eod. S. § 172.

w) Gai. IV 37. 45. [Die Klage ex lege aquilia, welche Savigny und die erste Ausgabe hierher rechnen, war vielmehr eine auf dare oportere gerichtete condictio: L. 9 § 1 de reb. cred.

Wann nun jede dieser verschiedenen Formeln: si paret sestertium x milia dare oportere — si paret fundum etc. dare oportere — quidquid paret dare facere oportere — si paret pro fure damnum decidere oportere — eintritt, das hängt von der Obligatio, welche geltend gemacht werden soll, und ihrem Gegenstand ab.[x]) Daher werden die Obligationen mit Hinsicht auf die daraus entspringenden Klagen eingetheilt in Obligationen ad dandum, faciendum, praestandum,[y]) und dieß wird auf die Intentio übertragen: in personam actio est — cum intendimus dare, facere, praestare oportere.[z]) Die Obligationen ad dandum entsprechen daher der Intentio auf dare oportere, die Obligationen ad faciendum der Intentio auf dare facere oportere, und Obligationen ad praestandum heißen die, bei denen die Intentio weder auf dare noch auf dare facere, sondern (was allein noch übrig ist, da keine Intentio mit dem Wort praestare vorkommt) auf damnum decidere, und wenn es noch andere Fassungen giebt, concipirt ist.[aa])

Am einfachsten bestimmt sich die Anwendung der Formel damnum decidere, sie bezieht sich ausschließlich auf Delictsobligationen aus dem Ius civile. Die übrigen Formeln: auf dare und dare facere oportere haben einen gemeinsamen Namen, sie heißen Condictionen.[bb]) Dieser Name stammt von der legis actio per condictionem, er ist sprachlich nicht passend, weil eine

(12, 1) vgl. über die Stelle Rudorff Zeitschr. für gesch. Rechtsw. XIV S. 368 f. u. ob. § 74 g) Collatio II c. 4 si fatebitur iniuria occisum esse in simplum *ut con*diceret (vgl. Huschke Zeitschr. für gesch. Rechtsw. XIII 33). Daß sie dennoch regelmäßig actio legis aquiliae heißt, erklärt sich aus ihrer Richtung auf ein Incertum (vgl. Note dd § 167 vor f). R.]

x) So sagt Gaius IV 53 a. E.: sicut ipsa stipulatio concepta est, ita et intentio formulae concipi debet.

y) L. 3 pr. D. de O. et A. (44, 7): Obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum, vel servitutem nostram faciat (daher die Klage keine Intention auf meum esse hat), sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid, vel faciendum, vel praestandum (und hiernach richtet sich denn auch die intentio formulae). Vgl. Lex rubria cap. 22.

z) Gai. IV 2, vgl. § 1 I. de action. (4, 6).

aa) Vielleicht rechneten die Römer auch die Obligationen, bei denen Klagen ohne besondere Intentio, namentlich formulae in factum conceptae (s. unten) stattfanden, unter die Obligationen ad praestandum; so scheint das dare, facere, praestare in L. 37 pr. D. de oper. lib. (38, 1) — aus der Lex Papia verstanden werden zu müssen. — Marezoll: über dare, facere und praestare als Gegenstand der Obligationen (s. Note i), welcher das dare im Ganzen richtig erklärt, hält irrig dare facere und facere für zwei besondere Classen von Intentionen, und die erste für identisch mit praestare. Aber eine Intentio auf bloßes facere giebt es nicht, die Intentio auf facere ist eben die auf dare facere. Damit fällt zugleich die ganze Erklärung, welche Marezoll von der Eintheilung gegeben hat (indem er dare und facere auf die stricti iuris, praestare auf die bonae fidei obligationes bezieht). Vgl. auch Savigny System V Beil. XIV 28. 29. [Andere Erklärungen geben: Huschke (Zeitschr. für gesch. Rechtsw. XIII S. 249—254), — der das praestare auf die eventuellen Verpflichtungen hauptsächlich bei bonae fidei obligationes (Culpa, Interesse, Eviction) bezieht, aber keine intentio auf dare facere praestare oportere anerkennt und daher bei Gai. IV 2 praestare in: adversarium ändert — und Rudorff (daselbst S. 187 Note g), welcher das praestare von der auf der Fides beruhenden Verpflichtung zur Sicherheitsbestellung (repromittere oder satis praestare) bei bonae fidei negotia (Cato de re rust. c. 146 dari fierique satisque dari — promittito satisque dato — Cic. pro Rosc. c. 4 — quantum aequius melius sit dari repromittive — L. 13 § 24 D. de A. E. V. 19, 1 L. 38 pr. D. pro soc. 17, 2 L. 41 D. de iud. 5, 1 und aus derselben (L. 31 D. de evict. 21, 2 vgl. mit Note x und y) versteht. R. — In der Iurispr. hat Huschke zu Gai. 4, 2 obige Emendation zurückgenommen und bezieht praestare auf Deliktobligationen.]

bb) Gai. IV 5: appellantur — in personam vero actiones quibus dare fierive oportere intendimus, condictiones. Es sind also von dieser Bezeichnung ausgeschlossen 1) die Klage auf damnum decidere, 2) die formulae in factum conceptae (s. unten), die gar keine in ius concipirte Intentio haben, 3) die bonae fidei actiones (s. unten), die zwar auch auf dare facere concipirt sind, aber mit dem Zusatz ex fide bona.

condictio, d. h. denuntiatio, an den Gegner bei diesen Formeln nicht vorkommt,[cc] aber der Sache nach enthält die neuere Condictio dieselben Fälle, wie die alte. Nur enthält sie eine Classe von Fällen mehr, nämlich Klagen auf ein incertum (mit dare facere), während die alte nur auf ein certum (certa pecunia oder alia certa res) ging (§ 162). Aber selbst diese ältere Beschränkung zeigt sich noch in dem neueren Sprachgebrauch, der wenigstens für die Klage aus der Stipulation den Namen condictio auf den Fall des certum (mit der Intentio auf dare oportere) einzuschränken geneigt war, und die Klage auf dare facere (aus einer Stipulation auf ein incertum) *actio* ex stipulatu nannte,[dd] obwohl sie der Sache nach so gut eine Condictio ist, als eine andere, die ein incertum zum Gegenstand hat und auf dare facere concipirt wird, was auch bei der actio ex stipulatu der Fall ist.[ee] So giebt es also sowohl eine certi als eine incerti condictio. Von diesen beiden Ausdrücken hat der letzte seine stets gleich gebliebene Bedeutung, er bezieht sich auf die formulae incertae mit der Intentio auf dare facere oportere (nur daß, wenn die Forderung auf Stipulationen beruht, statt condictio incerti der Name actio ex stipulatu gebraucht wird). Der erste dagegen hat sich in dem Sprachgebrauch der römischen Juristen auf eine Art der certae formulae zurückgezogen, die sich vor andern bedeutend auszeichnet (s. oben), nämlich auf die Forderung einer bestimmten Geldsumme, und diese Beschränkung gilt namentlich durchgängig für den Ausdruck: si certum petetur.[ff] So fällt also zwischen condictio certi oder si certum petetur (die der alten legis actio per condictionem ex lege silia entspricht) und der condictio incerti eine Classe aus: die Condictio auf alia certa res außer pecunia numerata (der alten condictio ex lege calpurnia entsprechend). Für diese Mittelclasse findet sich nun der Ausdruck condictio triticaria,[gg] von dem es indessen nicht gewiß ist, ob er sich auf sie beschränkt, oder auch die condictio incerti in sich schließt; ich nehme das erste an.[hh]

So bestehen für die oben angegebenen drei Intentionen: si paret ss. x milia

---

cc) Gai. IV. 18.

dd) L. 24 D. de reb. cred. (12, 1): Si quis certum stipulatus fuerit, ex stipulatu actionem non habet, sed illa condicticia actione id persequi debet, per quam certum petitur. pr. I. de V. O. (3, 15): — ex qua duae proficiscuntur actiones, tam condictio, si certa sit stipulatio, quam ex stipulatu, si incerta.

ee) Gai. IV 136.

ff) S. z. B. L. 9 D. de reb. cred. (12, 1) L. 1 D. de cond. trit. (13, 3).

gg) Dig. XIII. 3: de condictione triticaria. Von allen andern Sachen steht das Getreide dem Geld am nächsten, dieß wäre eine materielle Erklärung des Namens, der aber wahrscheinlich noch eine ganz besondere historische Veranlassung hat.

hh) Dafür spricht theils der Name selbst, theils die Darstellung in den Stellen des angeführten Titels, so L. 1: Qui certam pecuniam numeratam petit, illa actione utitur: si certum petetur, qui autem alias res, per triticariam condictionem petet. Et generaliter dicendum est, eas res per hanc actionem peti, quae sint praeter pecuniam numeratam, sive in pondere sive in mensura constent, sive mobiles sint sive soli. Ich lege ein besonderes Gewicht auf die Worte per hanc actionem (formulam), die nicht wohl anders als von einer Formel erklärt werden können, nicht von zweien (si paret dare und s. p. dare facere oportere). — Savigny (System V Beil. XIV 39) bezieht den Namen auf die zwei Klagen, also auch auf die condictio incerti. Sein Grund ist der auf die vorher angeführten Worte folgende Satz: quare fundum quoque (also nicht bloß Getreide) per hanc actionem petimus *etsi* vectigalis sit (vgl. Note k). Ich glaube, Ulpian hat geschrieben *nisi* vectigalis sit, was von den Compilatoren, für welche der Unterschied seine Bedeutung verloren hatte, geändert worden ist. [Vgl. dagegen Arndt's Zeitschr. für Civilrecht und Proceß (1847) N. F. III S. 279 Note 67.] Auch in L. 2 des Titels wird die condictio fundi, als ein Fall der triticaria, der condictio possessionis fundi, die incerti ist, gegenübergestellt. [Vgl. Voigt Ius naturale III § 98.]

dare oportere — si paret tritici etc. centum modios (oder fundum, hominem etc.) dare oportere — quidquid dare facere oportet — drei kurze Bezeichnungen: condictio certi — condictio triticaria — condictio incerti. Die Begründung dieser Klagen, also die Beschaffenheit, welche die Obligatio haben muß, damit eine solche condictio daraus entstehe, gehört in die Darstellung des materiellen Rechts, wir werden in der Lehre von den Obligationen darauf zurückkommen.[ii]) Es ist eine ganze Reihe von Geschäften, aber mit einem gemeinsamen Grundprincip, aus denen die condictio entspringt, die dann nach dem Gegenstand entweder certi, oder triticaria, oder incerti ist.[kk]) Unter diese Geschäfte gehört auch die Stipulation, und es hängt von der Fassung der Stipulation ab (ob sie certa oder incerta), welche jener Condictionen: certi, triticaria, oder incerti (die hier actio ex stipulatu heißt) stattfindet.[ll]) Zweifelhaft kann in dieser Beziehung der Fall einer Stipulation erscheinen, in welcher der Gegenstand nur der Gattung nach, oder alternativ bestimmt ist: hominem (nicht hominem Stichum) dare spondes? — decem aut hominem Stichum dare spondes? Keinen Anstand hat die Sache, wenn dem Kläger die Wahl zusteht, hier fordert er einen bestimmten Gegenstand, nach dessen Verschiedenheit seine Klage die condictio certi oder triticaria ist. Hat aber der Beklagte die Wahl, so entscheidet Ulpian sich dafür, daß die Stipulation incerta sei, die Klage daher auf dare facere gerichtet.[mm]) Eine andere Entscheidung könnte man bei Gaius (IV 53) finden wollen: er sagt, wenn der Kläger auf eine solche Stipulation hin (wo der Schuldner die Wahl hat) eine von beiden alternativ versprochenen Sachen, oder eine Species des Genus fordere, so sei dieß eine Pluspetition, darum wie die Stipulation müsse auch die Intentio gefaßt sein. Also, könnte man denken, er meine eine Intention: si paret decem aut hominem Stichum dare oportere. In der That liegt dieß gar nicht in seiner Aeußerung; die Intentio muß der Stipulation gemäß sein, und dieß ist sie, wenn sie incerta ist, wo die Stipulation auf ein incertum geht. Gaius will nichts anderes sagen, als daß in jenen Fällen auf quidquid dare facere oportet geklagt werden muß.

---

ii) Dieser Punkt ist neuerdings von Savigny (System V Beil. XIV: die Condictionen) untersucht und so festgestellt worden, daß die Einsicht in das römische Obligationenrecht dadurch eine unberechenbare Hülfe gewonnen hat.

kk) Nicht eine einzelne Geschäftsform ist es, aus der die Condictio entsteht, daher sagt Ulpian L. 9 D. de reb. cred. (12, 1): certi condictio competit ex omni causa, ex omni obligatione, ex qua certum petitur, — damit wird aber natürlich nicht jede Schranke geleugnet, es ist doch nur ein gewisser Kreis von Geschäften, der die Condictio hervorbringt. Es war nur deshalb besonders hervorzuheben, weil die causa hier nicht, wie bei der actio ex stipulatu, in der Demonstratio genannt war — L. 24 D. de reb. cred. (12, 1) Note dd vgl. § 167 d, — der Jurist giebt dem Richter eine Anweisung, die ihm nicht schon der Prätor in der Formel gab. Ein Mißverständniß ist es, wenn Manche (zuletzt Heimbach de certi condictione 1834) daraus den Satz entnehmen, man habe beliebig aus jeder Obligatio, wenn man nur seine Forderung auf eine bestimmte Summe richtete, mit der certi condictio klagen können, z. B. auch aus der Societät, dem Mandat ꝛc., Geschäften, die ihrer Natur nach nicht auf ein certum gehen. Daß dieß nicht die Meinung Ulpian's ist, zeigt er sofort L. 9 § 9 L. 10 eod., wo er beim Depositum von der Condictio spricht, aber nur für den Fall, wo es in ein Mutuum übergegangen ist. L. 28 § 4 D. de iureiur. (12, 2) handelt von dem Fall, wenn über die dort erwähnten Contractsforderungen, wie es bei den Römern so häufig geschah, eine Stipulation oder ein Literalcontract errichtet worden war, unter andern eben um sich den Vortheil der certi condictio zu verschaffen. [Vgl. Keller Civilpr. § 88 Krüger Consumtion S. 108 f. und Zeitschr. f. R. G. VII S. 240 f. Bekker Aktionen I S. 240 f.]

ll) L. 74. 75 D. de V. O. (45, 1) Gai. IV 136.

mm) L. 75 § 1. 8 D. de V. O. (45, 1). [Vgl. Keller Civilproceß Note 1113.]

Bei einer beträchtlichen Anzahl von Klagen aus Geschäften enthält die Intentio, die auf dare facere oportere geht, einen Zusatz, wodurch das Officium Judicis über seine regelmäßigen Gränzen hinaus erweitert wird. Es ist oben bemerkt worden, daß von Alters her den Richtern in gewissen Fällen eine freiere Beurtheilung der rechtlichen Verhältnisse unter den Parteien eingeräumt wurde, und daß sie hier arbitri hießen (§ 154), daß ferner zwei Classen von solchen arbitria zu unterscheiden sind. Dieses schon zur Zeit der Legis Actiones bestehende Recht (§ 162 a. A.) wurde auf das Formularverfahren übergetragen. Hier erhielt für die eine Classe von arbitria (von der andern wird unten bei der Condemnatio § 166 die Rede sein) der Richter diese Stellung eines Arbiter durch den Zusatz zur Intentio, der ihn anweist, zu urtheilen, was nach billigem Recht und den wohlverstandenen Intentionen der Parteien die eine der andern zu leisten habe. Dieser Zusatz wurde nach Verschiedenheit der Fälle verschieden ausgedrückt, [nn]) späterhin wurde allgemein der Ausdruck ex fide bona gebraucht, so daß die Intentio lautete: quidquid (ob eam rem) Numerium Negidium Aulo Agerio dare facere oportet ex fide bona. Davon heißen diese Rechtssachen bonae fidei iudicia, [oo]) die Klagen bonae fidei actiones, die Obligationen, aus denen sie entspringen, bonae fidei obligationes. Aufgeführt werden als bonae fidei iudicia [pp]) die Judicia: fiduciae, ex emto, vendito, locato, conducto, negotiorum gestorum, mandati, depositi, pro socio, tutelae, rei uxoriae, commodati, pigneraticium, familiae erciscundae, communi dividundo, praescriptis verbis de aestimato et ex permutatione. [qq])

So scheiden sich die Klagen aus Contracten oder diesen gleichstehenden Verhältnissen in zwei Classen: condictiones und bonae fidei actiones, jene werden in diesem Gegensatz, um ihren von den letzteren verschiedenen Charakter positiv hervorzuheben, zuweilen stricti iudicii oder stricti iuris actiones genannt. [rr]) Diese Eintheilung bezieht sich übrigens 1) nur auf die mit einer eigentlichen Intentio versehenen Formulä, nur diese können möglicherweise den Zusatz ex fide bona (der sich auf das oportere bezieht) erhalten, die formulae in factum conceptae (s. unten) sind davon ausgenommen; 2) nur auf die Formulä mit einer Intentio in personam (auf ein oportere, wie vorhin bemerkt worden), nicht auf die in rem actiones; [ss]) 3) nur auf die Klagen aus

---

nn) S. § 154 bei Note h u. S. 446 ff. Noch Labeo und Proculus setzen bei der rei uxoriae actio die Fassung aequius melius, wie sie bei Cicero vorkommt, voraus L. 66 § 7 D. sol. mat. (24, 3) L. 82 D. de solut. (46, 3).

oo) Der Ausdruck arbitria ist in einer zweifachen Hinsicht weiter als bonae fidei iudicia: 1) begreift der letzte streng genommen nur die Fälle, wo die Worte ex fide bona gebraucht wurden, der erste auch die mit aequius melius u. s. f.; dieser Unterschied ist durch die Generalisirung jener Fassung irrelevant geworden; 2) der erste begreift auch die arbitrariae formulae (§ 166), die von den bonae fidei iudicia verschieden sind.

pp) Gai. IV 62 § 28 I de action. (4, 6) Cic. de offic. III 15. 17.

qq) Vgl. Savigny System V Beil. XIII: stricti iuris, bona fidei actiones. Er unterscheidet in Beziehung auf das mehr oder weniger beschränkte Officium Judicis (und in Beziehung auf die Wahl des Richters, welche Ansicht oben § 154 bei Note aa ff. bestritten worden ist) strenge Klagen (iudicia) und freie (arbitria). Zu den letzten rechnet er alle Klagen, die in dem magistratischen Recht ihren Ursprung haben (honorariae actiones), ferner von den civiles, alle in rem actiones, sodann die bonae fidei actiones. Iudicia dagegen sind ihm nur die Condictionen und die civilrechtlichen Pönalklagen. Vgl. unten § 166 Note u.

rr) § 28. 30 I. de action. (4, 6) Marcian L. 5 § 4 D. de in litem iur. (12, 3) Ulpian L. 3 § 2 D. commod. (13, 6). Vgl. Savigny System V Beil. XIII 1.

ss) Justinian's Institutionen setzen eine in rem actio, die hereditatis petitio, unter die bonae fidei iudicia, sie bemerken aber, daß es ungewiß gewesen sei, ob sie diese Eigenschaft habe, bis endlich der Kaiser diesen Zweifel durch eine Constitution beseitigt habe (L. 12 C. de H. P.

Rechtsgeschäften, die eben, insofern sie eine Intentio jener Art haben, entweder condictiones oder bonae fidei actiones sind, nicht auf die Delictsklagen.

Während die Condictionen eine formula certa oder incerta haben können (s. oben), ist bei einer bonae fidei actio nur eine incerta formula (quidquid dare facere oportet) möglich, nur eine solche kann den Zusatz ex fide bona erhalten. Nicht alle incertae actiones sind bonae fidei, aber alle bonae fidei actiones sind incertae. Was die Bedeutung jenes Zusatzes anlangt (die schon oben § 154 berührt worden ist, da sie sich auf das Officium Iudicis bezieht), und damit die Natur des Unterschieds zwischen bonae fidei actio und condictio oder stricti iuris actio (namentlich der condictio incerti, deren Formel bis auf jenen Zusatz mit der ersteren übereinstimmt), so wird ihre nähere Ausführung in ihren Folgen bei den einzelnen Punkten (theils des Verfahrens, theils des materiellen Rechts) zu geben sein, auf welche jene verschiedene Beschaffenheit des Iudiciums Einfluß hat. Eine allgemeine Bemerkung muß schon hier Platz finden. Das richterliche Officium kann weiter und enger sein 1) in Beziehung auf den Gegenstand, nach der dem Richter obliegenden Schätzung, den dabei zu nehmenden Rücksichten, und der Hinzunahme von Accessionen; in dieser Hinsicht hängt das Officium Iudicis davon ab, ob die Intentio certa, und zwar auf eine Geldsumme oder alia certa res, oder ob sie incerta ist (s. oben bei Note t ff.); darin liegt das Eigenthümliche der bonae fidei actio nicht (außer soweit auch der Umfang der Forderung von dem gleich zu erwähnenden zweiten Moment abhängt), sie hat mit der condictio incerti die incerta intentio und die daraus folgende Behandlung gemein; 2) in Beziehung auf die richterliche Beurtheilung von Recht und Unrecht, also ob und wieweit die Forderung des Klägers besteht, das »oportere« richtig ist; in diesem Punkt ist das Urtheil des Richters in b. f. iudicia freier als bei allen Condictionen; er ist es daher, der den unterscheidenden Charakter jener bildet. Der Richter soll dem folgen, was der über die Schranken des Worts sich erhebende Gerechtigkeitssinn erheischt; es ist schon erinnert worden, daß das ex fide bona zu oportere zu ziehen ist.

Ein Zusatz anderer Art, den die Intentio haben kann, ist die Fiction, wodurch die Klage auf einen Fall erstreckt wird, für den sie ursprünglich nicht bestimmt war.[tt]) Dadurch soll die Natur der Klage nicht verändert werden, der Richter erhält keine andere Stellung, er wird nur angewiesen, unter den in dem Zusatz ausgedrückten Voraussetzungen eben so zu urtheilen, wie wenn die eigentlichen Voraussetzungen der Klage existirten. Diese Fiction ist nur bei den mit einer wahren Intentio versehenen Formeln, aber sie ist eben so wohl bei einer Intentio in rem als in personam möglich. Ein Beispiel von der ersten ist die Formel der actio publiciana: Si quem hominem A. A. emit et is ei traditus est, anno possedisset, tum si eum hominem de quo agitur eius ex iure quiritium esse oporteret —.[uu]) Beispiele von der zweiten sind die Formel, mit welcher der prätorische Erbe gegen die Schuldner des Erblassers

---

3, 31). Daraus eben geht hervor, daß sie kein wahres b. f. iudicium, bei dem jener Zusatz in die Formel kam, sein konnte. Die materielle Gleichstellung aber mit den b. f. actiones war deswegen möglich, weil die hereditatis petitio seit Hadrian zum Theil die Natur einer persönlichen Klage hat, indem sie auf praestationes personales geht, worüber das Nähere im Erbrecht vorkommen wird.

tt) Vgl. § 89 S. 223 f. Die Hauptquelle für das Folgende ist Gai. IV 10. 32—38.

uu) Man muß sich hüten, die Fiction mit der Demonstratio zu verwechseln, sie ist ein Theil der Intentio, welcher gerade in dem obigen Fall, so wie auch in dem folgenden, keine Demonstratio vorhergeht.

klagt: Si A. A. heres Lucii Titii esset, tum si paret N. N. A. A. ss. x milia dare oportere —, und die Formel, womit gegen einen peregrinischen Dieb geklagt wird: Si paret ope consiliove Dionis Hermaei filii furtum factum esse paterae aureae, quam ob rem eum, si civis romanus esset, pro fure damnum decidere oporteret —. Solche Klagen heißen ficticiae actiones,[vv] es sind, wie Gaius sagt, actiones quae ad aliam actionem exprimuntur, und dieses Vorbild kann entweder eine legis actio sein oder eine andere. Ihnen werden die nicht auf eine solche Fiction gestützten, als actiones quae sua vi ac potestate constant, gegenübergestellt. An der ficticia actio lassen sich zwei Momente unterscheiden: das materielle, daß sie einer andern Klage nachgebildet ist und in einer Erweiterung derselben auf andere Fälle besteht,[ww] und das formelle, daß diese Nachbildung in der Formel ausgedrückt ist. Dieses formelle Moment bezeichnet der Name ficticia actio, jenes materielle enthält die Bezeichnung als utilis actio, d. h. als eine Klage, die und sofern sie eine Wirksamkeit (utilitas) über ihre ursprüngliche Anwendung hinaus hat. Im Gegensatz gegen die utiles werden die actiones, sofern sie in ihrer ursprünglichen Sphäre gebraucht werden, directae actiones genannt, der heres z. B. hat die Klage als directa, die der prätorische Erbe als utilis hat. Nun giebt es utiles actiones, bei denen das Verhältniß der Nachbildung nicht in den Worten der Formel selbst ausgedrückt wird, die also bloß materielle, nicht formelle Nachbildungen anderer Klagen sind, daher sind zwar alle ficticiae actiones utiles, aber nicht alle utiles sind ficticiae. In einer Hinsicht ist bei den utiles actiones ohne Fiction die materielle Nachbildung unvollkommener; da nämlich bei ihnen nicht die Intentio der directa herbeigezogen wird (was nur durch Fiction geschehen kann), so betrifft die Nachbildung nicht das Verfahren (vgl. Note ww). Dieß führt uns zuletzt noch auf eine eigenthümliche Fassung, welche die Formel einer Klage erhalten kann.

Die Formeln, welche eine Intentio der Art, wie sie bisher beschrieben und nach ihren verschiedenen Gestaltungen dargestellt worden ist, enthalten, heißen in ius conceptae, denn die Intentio ist der Ausdruck des Rechts, das dem Kläger nach ius civile zusteht, sie heißt daher intentio iuris civilis. Nun kommen aber viele Formeln vor, die eine solche Intentio nicht haben, worin also der Richter nicht angewiesen wird, zu untersuchen, ob dem Kläger der Gegenstand (iure civili) gehört, oder von dem Beklagten etwas (iure civili) geleistet werden muß, sondern: ob eine gewisse Thatsache richtig ist oder nicht, und hiernach entweder zu condemniren oder zu absolviren.[xx] Diese Formeln ohne »iuris contentio« heißen formulae in factum conceptae, die Klagen in factum actiones, z. B. si paret illum patronum ab illo liberto contra edictum illius

---

vv) Ulpian. XXVIII 12.

ww) Mit dem Unterschied: bei der fictio legis actionis betrifft die Nachbildung bloß das Recht, nicht das Verfahren, bei den andern Fictionen auch das Verfahren. Dort war die Meinung nicht, daß so verfahren werden sollte, wie wenn die Legis Actio vorausgegangen wäre, dagegen z. B. bei dem zweiten der im Text gegebenen Beispiele galten die processualischen Grundsätze wie wenn die Klage: si paret decem dare oportere von dem wirklichen heres angestellt worden wäre. — Schon deshalb ist die Behauptung Savigny's (System V S. 106. 480), keine honoraria actio sei strieti iuris, sehr einzuschränken. Jene Klage des prätorischen Erben ist eine prätorische (so gut als die Publiciana), und doch entschieden eine Condictio.

xx) [Es kommt also nicht auf ius und aequitas, sondern auf veritas an: lex agr. v. 39 sententia (sua id proferto quod) rei ioudicandae maxsume verum esse comperrit Gai. IV 126 L. 59 pr. § 1 D. ad S. C. Treb. 36, 1 L. 13 § 1 D. ad S. C. Vell. 16, 1 L. 13 § 5 D. de pig. (20, 1). R.]

praetoris in ius vocatum esse, worauf ſogleich die Condemnation folgt: recuperatores illum libertum illi patrono ss. x m. condemnate, si non paret absolvite.[yy]) In dieſen Formeln tritt an die Stelle der Demonſtratio, der designatio rei de qua agitur[zz]) und der Intentio eine Bezeichnung des Factums, das dem Anſpruch des Klägers zu Grunde liegt, ohne daß dieſer Anſpruch ſelbſt beſonders formulirt und behauptet wird. Dieſe Angabe des Factums, welche ebenfalls designatio rei de qua agitur genannt wird, iſt ihrem Inhalt nach der Demonſtratio vergleichbar (abgeſehen davon, daß ſie nicht eine civilrechtliche Bezeichnung der Thatſache vorausſetzt), in der Form aber (si paret) und in der Wirkung ſteht ſie der intentio iuris civilis gleich, wie ſie denn auch geradezu intentio genannt wird (§ 168 Note u § 251 Note p). Auch die in factum actiones können utiles ſein, ja ſehr viele ſind es,[aaa]) aber das Verhältniß der Nachbildung iſt bei ihnen nicht ausdrücklich in der Formel niedergelegt. — Die Entſtehung der formulae in factum conceptae muß daraus erklärt werden, daß Klagen gegeben werden ſollten, wo eine intentio iuris civilis nicht, wenigſtens nicht direct möglich war, weil der Anſpruch, der geltend gemacht wurde, nicht das Ius civile zu ſeiner Grundlage hatte. Es giebt Fälle, wo die Magiſtrate Eigenthum, Jura, Obligationen anerkannten und garantirten, die nicht nach Ius civile beſtanden, ſondern eben nur tuitione praetoris, bei denen alſo der Kläger mit der Intentio si paret rem actoris esse (iure civili) oder si paret reum dare oportere (iure civili), ſofort hätte von dem Richter abgewieſen werden müſſen, den eine ſolche Intentio anwies, nach dem Ius civile die Zuläſſigkeit des Anſpruchs zu prüfen. Einen Weg bot hier die Möglichkeit einer ficticia formula dar (ſ. oben). Eine Zeit lang mochte dieß als genügend erſcheinen, aber es entſtand das Bedürfniß neuer Klagen in Fällen, wo die

---

yy) Die Hauptſtelle darüber iſt Gai. IV 45—47. 60. Vgl. L. 11 D. de praescr. verb. et in factum act. (19, 5). Der Unterſchied zwiſchen beiden Claſſen von Formeln ergiebt ſich beſonders aus den Fällen, wo (wie beim Depoſitum und Commodatum) der Prätor formulae in ius und in factum conceptae neben einander proponirt, die Gaius für das Depoſitum einander ſo gegenüberſtellte:

In ius:	In factum:
— iudex esto. Quod A. A. apud. N. N. mensam argenteam deposuit, qua de re agitur, quidquid ob eam rem N. N. Ao Ao dare facere oportet ex fide bona, eius iudex N. N. Ao Ao condemnato nisi restituat, si non paret, absolvito.	— iudex esto. Si paret, A. A. apud N. N. mensam argenteam deposuisse, eamque dolo malo Numerii Negidii Aulo Agerio reditam non esse, quanti ea res erit, tantam pecuniam N. N. Ao Ao condemnato s. n. p. a.

zz) [Dieſe Deſignatio, welche von der Note f h erwähnten zu unterſcheiden iſt, beſteht eben in den Worten: qua de re *agitur*, d. h. »welche der Kläger meint«. In der formula depositi in ius concepta wird die Deſignatio zwiſchen der Demonſtratio und Intentio eingerückt, wie aus der Beſchreibung bei Gai. IV 60, verglichen mit der Formel in der vorigen Note hervorgeht; anderswo ſteht ſie in der Intentio (§ 166 Note s), in der Fictio (lex rubria c. 20), in der Exceptio (§ 170 Note t) und kann demnach überall eingeſchoben werden, wo der Kläger im Fall eines Mißverſtändniſſes ſeiner Meinung vor der des Beklagten den Vorzug ſichern will. — Cic. pro Mur. c. 13 neque tamen quidquam tam anguste scriptum est, quo ego non possim *qua de re agitur* addere. Brut. c. 79 *qua de re agitur* autem illud quod multis locis in iurisconsultorum includitur formulis. So erklärt ſich die Behandlung des Irrthums in den Formeln: L. 5 § 5 D. de R. V. (6, 1) L. 83 § 1 D. de V. O. (45, 1) — magis est, ut is petitus videatur, de quo *actor* sensit — (vgl. die Formel bei Varro de lingua lat. VII 8 quam me sentio dixisse) L. 61 de iud. (5, 1). Nur in die Perſon des Judex müſſen beide conſentiren L. 80 eodem. — Savigny Syſtem III § 136 Note q. R.]

aaa) Z. B. actiones in factum accommodatae legi aquiliae L. 11 D. de praescr. verb. (19, 5).

Fictionen nicht ohne Zwang oder gar nicht anzuwenden waren. Wollte man der Fessel, welcher man durch Beseitigung der Legis Actio als ausschließlicher Klagform entronnen war, nicht wieder verfallen (der Gebrauch der Fiction im Formulargesetz hat eine Analogie mit der interpretatio prudentium bei den Legis Actiones, wodurch ebenfalls im Gesetz gegebene Klagen auf nicht im Gesetz ausdrücklich enthaltene Fälle übertragen wurden, s. § 78 S. 182 ff.), so mußte noch ein anderer Weg geöffnet werden, und dieser bestand eben in Formeln ohne intentio iuris. In der That war dazu von den ficticiae actiones nur ein kleiner Schritt. Betrachten wir nämlich die Formeln mit einer Fiction, so haben sie zwar eine intentio iuris civilis, aber doch schon getrübt durch die bloß bedingungsweise Gestalt, in der sie erscheint. Es ist keine wirkliche, sondern eine fingirte Intentio; die Intentio ist es, die fingirt wird, wie bei der andern Art der Fictionen die Legis Actio. Es war im Grunde schon die in factum actio, nur noch mit der Erinnerung an die iuris intentio, das Urtheil des Richters wurde von dem Befund einer Thatsache abhängig gemacht, nur noch außerdem auch von den Rechtssätzen, welche die Schlüssigkeit der iuris contentio bedingten. Man brauchte nur das letztere fallen zu lassen und das Factum so auszudrücken, daß es allein schon die Momente, von denen die Entscheidung abhängt, vollständig enthielt, so hatte man die formula in factum concepta.

Es entsteht die Frage, wie sich diese in factum actiones zur Eintheilung in in personam und in rem actiones verhalten. Formell bezieht sich diese letztere nur auf die Formeln mit einer intentio iuris (s. oben), insofern, kann man sagen, gehören die formulae in factum conceptae weder zu der einen noch zu der andern Classe. Materiell aber erstreckt sich jene Eintheilung auch auf sie. So sind die in factum actiones, die aus Obligationen gegeben werden, personales actiones. Damit ist indessen noch nicht entschieden, ob der Prätor auch zum Schutz anderer Rechte in factum actiones gegeben hat, solche also, die zu den in rem actiones gezählt werden müßten. Der Anschein ist dagegen, die Structur der formulae in factum conceptae scheint recht eigentlich für persönliche Klagen eingerichtet, alle uns überlieferten Beispiele fallen unter diese Classe, für das prätorische Eigenthum war es entschieden eine ficticia actio, die der Prätor gab, und die in factum actiones, die zur Ergänzung der Vindication vorkommen, haben eine persönliche Richtung.[bbb]) Dennoch giebt es einige Fälle, wo wir kaum umhin können, anzunehmen, daß eine in rem actio in factum concipirt wurde, namentlich beim Pfandrecht (§ 251). Es läßt sich wohl behaupten, daß unsere Klagform zuerst bloß für obligatorische Verhältnisse gebraucht wurde, denen der Prätor Schutz verlieh, bei andern Rechtsverhältnissen blieb man zunächst bei dem Mittel der Fiction stehen, bis endlich hie und da ein dringendes Bedürfniß zwang, diese Schranke zu durchbrechen.

Wichtiger ist das Verhältniß zu der Eintheilung in stricti iuris und bonae fidei actiones. Gewiß ist, daß die in factum actiones nicht zu den letzteren gehören, denn der Zusatz ex fide bona war bei ihnen gar nicht denkbar,[ccc]) eben so wenig sind sie condictiones. Dieß schließt aber die Frage nicht aus, ob das officium iudicis bei ihnen nach der Analogie der einen oder der

---

bbb) So die actio in factum gegen die Erben dessen, der meine Sache besessen und dolo aufgehört hat zu besitzen, die ausdrücklich der in rem actio entgegengesetzt wird L. 52 D. de R. V. (6, 1).

ccc) Savigny System V § 217 Note t. Beil. XIII 6 Note a b.

andern zu bestimmen ist. Savigny hält sie allgemein für „freie Klagen", bei denen die Grundsätze von den bonae fidei actiones stillschweigend Anwendung gefunden hätten.[ddd]) Ich glaube, daß sich keine so allgemeine Regel aufstellen läßt, es wird von der Fassung der designatio rei abgehangen haben, welchen Spielraum das Officium Judicis hatte, und diese Fassung hinwieder wird durch den Charakter des Rechtsverhältnisses bestimmt worden sein. In einem wichtigen Punkt aber war meiner Meinung nach ein Unterschied aller in factum actiones von den bonae fidei iudicia, selbst derer, die aus denselben Rechtsverhältnissen gegeben wurden, aus denen auch bonae fidei actiones entsprangen (Note yy), nämlich in Beziehung auf die Nothwendigkeit, Exceptionen vor dem Prätor vorzubringen, und in die Formel setzen zu lassen. Der Grundsatz, daß diese Nothwendigkeit für die doli exceptio bei b. f. iudicia nicht besteht (§ 170), ist auf diese zu beschränken, er gilt nicht von den in factum actiones. Darin liegt ein Grund,[eee]) warum der Prätor in manchen Fällen neben der b. f. actio noch eine formula in factum proponirte, durch die Wahl dieser konnte der Kläger den Beklagten nöthigen, seine Exceptionen gleich vor dem Prätor anzubringen.[fff])

Von diesen prätorischen in factum actiones, welche den Namen von einer eigenthümlichen Bildung der Formel haben, sind durchaus zu unterscheiden gewisse civiles actiones, welche zuweilen auch (civiles) in factum actiones heißen, gewöhnlich: actiones praescriptis verbis.[ggg]) Mit diesen hat es folgende Bewandtniß. Bei der incerta formula muß der Grund der Forderung ausgedrückt werden, weil sich erst dadurch das Maaß derselben bestimmt, das quidquid *ob eam rem* dare facere oportet weist auf eine vorhergehende Bezeichnung des Grundes zurück. Diese Bezeichnung geschieht in einer Demonstratio (§ 164), wenn das Rechtsgeschäft, woraus die Forderung entsteht, einen eigenen civilrechtlichen Namen hat, wie z. B. Stipulation, Depositum, Emtio und Venditio u. s. f. Nun giebt es civilrechtlich wirksame Gründe von Obligationen, die keine solche bestimmte technische Benennung haben: contractus quorum appellationes nullae iure civili proditae sunt.[hhh]) Hier ist eine eigentliche Demonstratio nicht möglich, aber der Intentio wird ein ganz ähnlicher Satz vorausgeschickt, der nur nicht Demonstratio, sondern mit einem allgemeinen Ausdruck praescripta verba genannt wird.[iii]) Zwei von diesen Klagen werden

---

ddd) Savigny System Beil. XIII 6. 10. 18.

eee) Ueber einen andern, der von geringerer Erheblichkeit ist, vgl. unten § 219 und Savigny System V S. 84. [Vgl. Keller Civilproceß Note 365.]

fff) In den zwei Beispielen, die Gaius giebt: Depositum und Commodatum, ist es einleuchtend, daß diese strengere Behandlung zum Vortheil des Klägers gerecht scheinen konnte.

ggg) In dem Titel der Digesten XIX 5: de praescriptis verbis et in factum actionibus ist von beiden Classen der in factum actiones die Rede.

hhh) L. 3 D. h. t. Dieß schließt natürlich nicht aus, daß man eine Benennung für sie hat, wie bei der permutatio, bei dem aestimatum, nur muß sie nicht eine so zu sagen legalisirte sein.

iii) Actio quae praescriptis verbis rem gestam demonstrat nennt sie Alexander L. 6 C. de transact. (2, 4). — Die Klage heißt vorzugsweise incerti actio, z. B. L. 7 § 2 D. de pactis (2, 14): — civilem incerti actionem id est praescriptis verbis — L. 23 D. comm. div. (10, 3): — actionem incerti civilem — L. 6 D. de praescr. verb. (19, 5): — civili intentione incerti — L. 16 pr. eod.: — civilem actionem incerti —. Die Klage wird der condictio entgegengesetzt L. 5 § 2 D. eod.: — condici ei potest vel praescriptis verbis agi. Nun kommt in einer Stelle incerti condictione, id est praescriptis verbis vor L. 19 § 2 D. de precar. (43, 26). Statt condictione hat die litera bononiensis *actione* (Savigny System V S. 98 Note o); man möchte fast glauben, der Jurist habe incerti condictione geschrieben, und die Condictio der durch das Precarium überlieferten Possessio im Sinn gehabt, was sodann die Compilatoren durch den mit Hinsicht auf L. 2 § 2 eod. gemachten Zusatz verfälscht haben.

unter den bonae fidei actiones aufgezählt, damit stimmt zusammen, daß gerade diesen beiden in den Digesten besondere Titel gewidmet sind, was eine Eigenthümlichkeit, die sie vor den andern voraus hatten, andeutet.[kkk])

CLXVI. Ein dritter Bestandtheil von Formeln ist die Adjudicatio, wodurch der Richter angewiesen wird, jeder Partei zuzusprechen, was ihr von dem bisher gemeinschaftlichen Gegenstand gebührt. Die Fassung ist: quantum adiudicari oportet, iudex Titio adiudicato, was doppelt, für beide Parteien, in die Formel gesetzt wird. Diese pars formulae kann nur bei den Klagen vorkommen, die auf richterliche Theilung eines Gegenstandes gerichtet sind; dieß ist der Fall bei der actio communi dividundo, familiae erciscundae, finium regundorum.

Von weit umfassenderem Gebrauch ist die Condemnatio, welche mit Ausnahme einiger weniger (§ 167) in allen Formeln vorkommt. Sie besteht in der Anweisung an den Richter: zu condemniren oder zu absolviren: — condemnato, si non paret, absolvito.[a]) Die Condemnatio geht immer auf eine Geldsumme, welches auch der Gegenstand der Klage sein möge. Aber diese Summe kann bestimmt oder unbestimmt gelassen sein, und dieser Unterschied ist für die Function des Richters von größter Bedeutung.[b]) Die Condemnatio als Theil der Formel (also die Anweisung an den Richter, nicht das Urtheil dieses selbst, denn dieses muß immer auf eine bestimmte Geldsumme gehen) kann 1) condemnatio certae pecuniae sein; iudex Numerium Negidium Aulo Agerio sestertium decem milia condemna, si non paret, absolve. Hier hat der Richter keinen Einfluß auf den Umfang der Condemnation, eine Aenderung würde ihn verantwortlich machen; sowie er findet, daß der Beklagte dem Kläger diese Summe nicht schuldet, obgleich vielleicht nur um ein unbedeutendes weniger, so hat er ihn zu absolviren.[c]) Diese Fassung tritt bei den formulae in ius conceptae dann ein, wenn die Intentio auf certa pecunia geht, also bei der certi condictio (§ 165), aber auch bei in factum actiones kann sie vorkommen, wenn sie auf eine bestimmte Strafe gehen.[d]) 2) In andern Fällen enthält die Formel eine condemnatio incertae pecuniae, bei den formulae in ius conceptae überall, wo die Intentio nicht auf certa pecunia geht, sondern entweder auf ein incertum, oder auf eine certa res außer pecunia numerata, denn auch hier muß der Richter den Gegenstand erst zu Geld anschlagen, um condemniren zu können, die Feststellung des Werths liegt in seinem Officium; ferner bei den in factum actiones, wenn die Forderung nicht auf eine bestimmte, unveränderliche Geldsumme gerichtet ist. Diese Condemnatio ist aber wieder

---

kkk) Dig. XIX 3: de aestimatoria XIX 4: de rerum permutatione, darauf folgt erst XIX 5 der allgemeine Titel für die übrigen. — L. 2 § 2 D. de precar. (43. 26) sagt, daß die Klage ex bona fide *oritur*, woraus für die Eigenschaft als b. f. actio nichts folgt. Eben so wenig scheinen mir die von Savigny (System V Beil. XIII 2 Note f) angeführten Gründe zu beweisen, daß alle actiones pr. verbis bonae fidei gewesen seien. Er selbst legt der Aufzählung der bonae fidei actiones in den Institutionen (s. oben Note qq) Autorität bei, diese würde noch nicht erheblich geschwächt, wenn allenfalls eine Klage ausgefallen wäre, was sollte man aber sagen, wenn statt der ganzen Gattung nur zwei Arten genannt würden?

a) Beides ist stets verbunden: condemnatio est ea pars formulae, qua iudici condemnandi absolvendive potestas permittitur Gai. IV 43; hierauf bezieht sich auch L. 37 D. de R. I. (50, 17): Nemo qui condemnare potest, absolvere non potest. L. 3 D. de re ind. (42. 1).

b) S. über das Folgende Gai. IV 48—52.

c) Cic. pro Roscio com. 4.

d) Gai. IV 46.

von doppelter Art. Regelmäßig ist sie infinita, d. h. dem Richter ist für die Bestimmung der Größe keine andere Grenze, als die in der Sache liegende gegeben: quanti ea res est, tantam pecuniam iudex N. N. Ao. Ao. c. s. n. p. a. oder: (quidquid dare facere oportet, eius) iudex N. N. A. A. c. s. n. p. a.[e]) Das Maß für den Richter giebt, wie die Worte der Formel zeigen, lediglich der Gegenstand der Forderung. Zuweilen indessen wird der Richter zwar nicht auf eine bestimmte Summe angewiesen, aber es wird ihm in der Formel ein Maximum gesetzt, welches er nicht überschreiten darf, dieß heißt condemnatio incertae pecuniae cum taxatione: iudex N. N. A. A. dumtaxat x milia condemna s. n. p. a. Hier soll der Richter nach Befinden in weniger condemniren, niemals aber in mehr; thut er dieß, so macht er sich eben so verantwortlich, wie wenn er eine condemnatio certae pecuniae überschritten hätte.[f]) Diese Taxatio geht von dem Kläger aus, welcher auf diese Art vor dem Prätor den Gegenstand seiner Forderung anschlägt, so bei der Injurienklage, wo er die ihm geschehene Injurie auf eine bestimmte Summe ästimirt[g]), und bei den Klagen auf eine Strafe, die sich nach dem Werth einer gewissen Sache richtet.[h]) Es kommt aber in manchen Formeln noch eine andere Taxatio vor, die sich von der eben erwähnten dadurch unterscheidet, daß sie nicht eine Summe, sondern einen andern Gegenstand als Maß bezeichnet, über welches der Richter nicht hinausgehen soll. Diese Taxatio tritt ein, wenn der Beklagte nicht für das Ganze, was eigentlich Gegenstand der Klage ist, haften soll, sondern z. B. nur so weit er bereichert ist,[i]) ferner wenn der Vater oder Herr aus den Geschäften des Sohnes oder Sclaven belangt wird, so weit das Peculium reicht oder etwas in sein Vermögen gebracht worden ist.[k]) Diese Taxatio erwähnt weder Gaius bei der Condemnatio noch Festus, Huschke hält dieß für eine zufällige Weglassung.[l]) Aber sie gehörte auf keinen Fall in das System der Condemnationen, welches Gaius vorträgt, sie bildet so wenig eine besondere Classe derselben, als der Zusatz ex fide bona zur Intentio, der ebenfalls

---

e) Bei der Beschreibung der Condemnatio IV 43 giebt Gaius für alle drei Arten Beispiele: decem milia (cond. certae pec.) — dumtaxat decem milia (s. nachher) — das letzte betrifft den obigen Fall: iudex N. N. A. A. condemnato et reliqua, ut non adiiciatur —. Für den Schluß des Satzes würde der Sinn fordern: pecuniae summa, dieß ist unthunlich, da in der Handschrift nur für zwei Buchstaben Raum ist. Also wird Gaius statt des Abstractums das Concretum, die x m., als das nicht Beizufügende genannt haben.

f) Festus v. taxat: — in litibus quoque (iudici) arbitrove cum proscribitur, quoad ei ius sit statuendi, taxatio dicitur, quae fit certae summae.

g) Gai. III 224. Paulus in der collat. II 6.

h) So bei der Klage wegen Raubs auf das Vierfache der geraubten Sache. Der Kläger schlägt den Werth dieser an, nimmt das Vierfache, der Prätor setzt diese Summe als Taxatio in die Formel, der Richter untersucht, ob oder wieviel weniger der Werth wirklich beträgt. Cic. pro Tull. 7. [Vgl. § 167 h.]

i) L. 17 § 1 D. de dolo malo c. (4, 3): haec actio in heredem et ceteros successores datur *dumtaxat* de eo quod ad eos pervenit.

k) So z. B. L. 57 D. de iudic. (5, 1): transfertur indicium in patrem *dumtaxat* de peculio et quod in rem eius versum est. L. 44 D. de pecul. (15, 1): si quis cum filio familias contraxerit, duos habet debitores, filium in solidum, et patrem *dumtaxat* de peculio. L. 24 § 2 D. de act. emti (19, 1): — sed ultra peculii taxationem dominus non condemnatur. Noch andere Stellen s. bei Huschke in Imm. G. Huschke anal. lit. p. 264 sq.

l) Zimmern (röm. Civilpr. § 56) nimmt demzufolge vier Stufen der Condemnation an: certae pecuniae, incertae cum taxatione certae pecuniae, incertae cum taxatione incerta, incertae infinita. Dieß ist schon deswegen falsch, weil jene zweite Art der Taxatio sich auch bei einer condemnatio certae pecuniae denken läßt. [Vgl. hiergegen Keller Civilproceß § 39 Note 456.]

auf den Umfang der Condemnation Einfluß haben kann. Sie ist mit einem Wort nicht eine unmittelbare Modification der Condemnatio, sondern des Gegenstands der Forderung, und damit erst, also mittelbar, der Condemnatio.[m])

Was der Condemnation in der Formel vorausgeht, und namentlich die Intentio, ist die Bedingung derselben (*si paret* — condemna, *si non paret*, absolve). Zuweilen aber wird der Condemnation noch eine besondere Bedingung vorausgeschickt, wodurch der Richter angewiesen wird, zu condemniren, wenn (unter Voraussetzung der Richtigkeit des klägerischen Anspruchs) der Beklagte nicht so, wie es der Richter dem Recht gemäß finden würde, leiste, namentlich restituire oder exhibire (eine Sache darstelle): nisi arbitratu iudicis rem restituat oder exhibeat oder solvat.[n]) Solche Formeln heißen arbitrariae formulae; sie bilden die zweite Classe von arbitria, deren oben (§ 154) gedacht worden ist. Der Richter wird dadurch angewiesen, wenn der Anspruch des Klägers gegründet befunden ist, zuerst ein arbitrium de re restituenda oder exhibenda, und damit dem Beklagten Gelegenheit zu geben, den Kläger durch die von diesem angesprochene Leistung zu befriedigen, so wie es der Richter arbitrirt, z. B. mit den Früchten der Sache, dem Interesse für und wider, mit Cautionen u. s. f. Erst wenn er diesem Arbitrium nicht nachkommt, wird er (in eine Geldsumme) condemnirt, thut er es, wird ebenfalls die Sentenz gefällt, aber absolutorisch. Eine solche Klage war z. B. die actio quod metus causa,[o]) die actio de dolo,[p]) die actio ad exhibendum,[q]) ferner die actio de eo quod certo loco, um bei einer stricti iuris obligatio an einem andern Ort zu klagen, als an dem die Leistung gefordert werden kann.[r]) Eine sehr häufige Anwendung hat die arbitraria formula bei Interdicten (§ 169), und noch mehr bei in rem actiones auf Restitution, wo sie nothwendig war, um dem Kläger die Möglichkeit zu verschaffen, auf dem Weg des Processes die Sache selbst zu bekommen, während er ohne das Arbitrium immer nur den Werth erhalten hätte, und auch diesen nicht mit Anschlag alles dessen, was ihm mit der Sache entging, und worauf der Richter als arbiter einzugehen volle Macht hätte. Sie ersetzte hier die Bestellung der arbitri: si quis vindiciam falsam tulerit (§ 154 Note e) zur Zeit der Legis Actiones.[s]) Eine discretionäre Macht des Richters in der Bestimmung der

---

m) Daher ihr das in solidum agere (oder etwa auch condemnare) gegenübersteht, welches keinen Gegensatz zur wahren condemnatio cum taxatione bildet.

n) § 31 I. de action. (4, 6) Savigny System V § 221—223.

o) L. 14 § 3 4 D. quod metus c. (4, 2). Das Edict, welches diese Klage giebt, spricht diese Eigenschaft durch den Zusatz aus: neque ea res arbitrio iudicis restituetur L. 14 § 11 eod.

p) L. 18 pr. D. de dolo m. (4, 3).

q) L. 3 § 13 D. ad exhib. (10, 4) § 31 I. de action. (4, 6).

r) Dig. XIII 4: de eo quod certo loco dari oportet. S. § 152 Note q Savigny System V § 223 S. 132. [Richtiger ist dieses letztere arbitrium als ein Liquidationsverfahren (arbitrium liti aestimandae) aufzufassen, welches im Strafproceß (L. Acilia repet. v. 58. 59. Cic. pro Cluent. c. 41) wie in Civilsachen auf die condemnatio folgen mußte, so lange diese auf die Sache selbst gerichtet war. § 157 f § 173 d § 179 t. Im Formularproceß, wo Geldcondemnation eintritt, ist die litis aestimatio zwar bei den Vindicationen in das Judicium hineingezogen (§ 232 n), in den Condictionen aber blieb sie eine abgesonderte Klage, diese Trennung tritt noch in den Pandecten (XIII 3. 4) hervor, wenn der arbiter auf die örtliche Differenz der Geldcurse oder Getreidepreise Rücksicht nehmen soll. L. 3 D. de eo, (13, 4) § 162 f. R. — Vgl. Cohn die sg. actio de eo q. c. l. 1877.] Ueber die einzelnen arbitrariae actiones vgl. Zimmern röm. Civilproc. § 67. 68. Savigny § 223.

s) Die arbitraria formula bei in rem actiones ist aus Cicero (Verr. II 12) zu entnehmen: L. Octavio iudex esto. Si paret fundum capenatem quo de agitur ex iure Quiritium P.

Art, wie der Beklagte ſeiner Pflicht nachzukommen, und in dem Anſatz des Werths, den er im entgegengeſetzten Fall zu leiſten habe, war eine weſentliche Folge ſeiner Eigenſchaft als Arbiter, dieß iſt es, was im juſtinianiſchen Recht, wo das eigenthümliche Verhältniß des Arbitrium zur Condemnatio weggefallen iſt, vorzugsweiſe hervorgehoben wird. Wie verhalten ſich zu den arbitrariae die bonae fidei actiones? Es iſt oben bemerkt worden, daß beide die zwei Claſſen der arbitria bilden; daraus geht hervor, daß die arbitraria formula nicht auch bei b. f. iudicia Anwendung finden konnte, der Judex war hier ſchon durch den Zuſatz ex fide bona Arbiter, und hatte die ganze Macht, die ihm die arbitraria formula hätte geben können, auch die, den Beklagten zu abſolviren, wenn er vor der Sentenz den Kläger, wie es der Richter recht und billig fand, befriedigte (§ 172), die arbitraria formula wäre hier ohne Sinn geweſen. Dieſem ſcheint nun die Formel der actio depositi entgegen zu ſein, welche nach condemnatio die Worte nisi restituat hat.[t]) Aber ſchon dieſer Ort des Zuſatzes zeigt, daß er die Klage nicht zur arbitraria machte, ſondern nur der Ausdruck eines ſich von ſelbſt verſtehenden Satzes war. Zu dieſer ausdrücklichen Einſchärfung fand man ſich aber in dieſem Falle hinreichend veranlaßt, es handelte ſich um eine Klage, die den Condemnirten infamirte.[u])

Die Condemnation iſt endlich auch der Ort, wo der Name des Stellvertreters, wenn durch einen ſolchen der Proceß geführt werden ſoll, Platz findet (§ 156). Die Intention wird dadurch nicht verändert, ſie wird auf die Perſon des Dominus geſtellt, deſſen Rechte ja geltend gemacht werden ſollen, ſowohl wenn ein Stellvertreter für den Kläger, als wenn er für den Beklagten (nämlich bei ſolchen Klagen, wo überall die Perſon des Beklagten in der Intentio vorkommt) auftritt. Die Condemnation aber wird auf die Perſon des Stellvertreters concipirt.[v])

CLXVII. Die Zuſammenſetzung der Formeln aus den einzelnen Theilen

---

Servilii esse, neque is fundus (arbitratu iudicis) P. Servilio restituetur, quanti ea res est, tantam pecuniam iudex rel.

t) S. § 165 Note yy erſte Formel, nach der glücklichen Auflöſung der Siglen n r durch Huſchke (Studien I S. 316) vgl. L. 1 § 21 D. depos. (16, 3).

u) Savigny a. a. O. hält dafür, daß bei jeder freien Klage (§ 165 Note qq), die auf Reſtitution oder Exhibition ging, die arbitraria formula ſtattgefunden habe, namentlich auch bei bonae fidei iudicia. Meiner Meinung nach iſt jenes Princip, wonach die Eigenſchaft der Klage als einer freien über die Zuläſſigkeit der arbitraria formula entſcheiden ſoll, deswegen unrichtig, weil vielmehr umgekehrt erſt die Anwendung der arbitraria formula die Klage zu einer „freien", einem Arbitrium macht. So iſt die in rem actio an ſich kein arbitrium, ſie wird es aber durch jene Formel. Arbitria werden Klagen überhaupt auf doppelte Weiſe, entweder durch den Zuſatz: ex fide bona (aequius melius u. ſ. f.), oder durch den Zuſatz: nisi arbitratu iudicis etc. Alſo iſt die Eigenſchaft, arbitrium zu ſein, die Wirkung, nicht die Urſache der arbitraria formula. Und die Urſache hinwieder, warum gewiſſe Klagen durch dieſe Formeln (bonae fidei und arbitraria) zu arbitria gemacht werden, liegt in der Beſchaffenheit der Rechtsverhältniſſe, aus denen ſie entſpringen, und die eine freiere Behandlung, ein freieres Officium des Richters fordern.

v) Gai. IV 86. 87. Beiſpiel für einen Stellvertreter des Klägers: si paret N. N. Publio Mevio (dem Dominus) ss. x milia dare oportere, iudex N. N. Lucio Titio (dem Stellvertreter) ss. x m. condemna s. n. p. a. Für den Beklagten: si paret Publium Mevium Ao Ao ss. x m. dare oportere, N. N. Ao Ao ss. x m. condemna etc. — Cicero Verr. II 12) ſcheint die Formel si paret fundum ex iure quiritium P. Servilii esse, neque is fundus Q. Catulo restituetur etc. (alſo die Formel, wie ſie gegeben wurde, wenn Catulus als Stellvertreter des Servilius klagte) für eine unerhörte auszugeben, während ſie doch gewiß ſchon zu ſeiner Zeit bei Stellvertretern (und ſo auch bei der rutiliana actio, Gai. IV 35) täglich vorkam. Er meint aber nur ihre Anwendung außer dieſen Verhältniſſen durch einen gewiſſenloſen Prätor, wie Verres.

geschah in der Ordnung, in der sie bisher erörtert worden sind. Aber es gab keine Formel, in welcher alle diese partes zusammen vorgekommen wären.[a])

Die Demonstratio hat eine ziemlich beschränkte Anwendung, sie kommt nur bei persönlichen Klagen vor,[b]) und zwar solchen, die in ius conceptae sind (§ 165 nach Note yy), auch hier nur bei einer intentio incerta, also nicht bei Petitionen (§ 165 Note c), endlich bloß insofern das Geschäft, aus dem geklagt und das in ihr genannt werden soll, ein civile nomen hat, außerdem wird sie durch praescripta verba ersetzt (§ 165 a. E.). Ueber die zwei letzten Punkte ist noch Einiges zu sagen. Nur einer intentio incerta kann eine Demonstratio vorausgehen; damit stimmen alle Beispiele von Demonstrationen, die wir besitzen, überein, es wird bestätigt durch die Beispiele von certae formulae, die ohne Demonstratio sind,[c]) und durch den innern Grund, daß dort allein ein Bedürfniß eintrat, da ohne Demonstration das quidquid dare facere oportet alles Sinns und Halts entbehrt hätte, während das si paret centum oder fundum dare oportere in sich sein Maß trägt und die Entstehung der Condictio (ob aus einer adnumeratio, stipulatio u. s. f.) für die Natur der Forderung gleichgültig ist. Allerdings aber ist es dem Kläger nicht verwehrt, in die Intentio den Grund der Forderung zu setzen, wenn er sich auf diese Weise beschränken will.[d]) Auf dieselbe Art, könnte man denken, habe auch bei den in rem actiones die Erwähnung des Erwerbsgrundes (z. B. bei der rei vindicatio die der Mancipation, Usucapion ꝛc., bei der hereditatis petitio die des Testaments oder der Intestaterbfolge) in der Intentio vorkommen können, aber es findet sich keine Spur davon,[e]) und diese Erwähnung wäre

---

a) Gai. IV 44: Non tamen istae omnes partes simul inveniuntur, sed quaedam inveniuntur, quaedam non inveniuntur. Nichts scheint mir gewisser, als daß der von Göschen (gegen die Handschrift) gemachte Zusatz non tamen *semper* unrichtig ist. Dieß folgt schon aus dem Nachsatz: sed quaedam etc., der das semper schlechterdings ausschließt. Sodann könnten die Klagen, in denen alle Theile zusammen vorkommen, möglicherweise nur die drei Theilungsklagen sein, wie inept aber wäre es, zu sagen: sie finden sich nicht immer beisammen, wenn sie nur in dreien von den unzähligen Formeln, die es giebt, sich beisammen finden.

b) In den dinglichen Klagformeln, die wir haben, steht keine Demonstratio: Cic. Verr. II 12 (§ 166 Note s) Gai. IV 34. 36 (es ist schon § 165 Note uu erinnert worden, daß die Fiction nicht für eine Demonstration gehalten werden darf). In der That hätte sie bei in rem actiones eine ganz überflüssige Rolle gehabt.

c) Gai. IV 34. Daher behandelt Cicero in der Rede pro Roscio com. es als ungewiß, aus welchem Geschäft die Klage auf certa pecunia angestellt sei, was bei der Beifügung einer Demonstratio undenkbar wäre. Auch beginnt die Fassung der certa intentio mit den Worten si paret, vor denen eine Demonstratio außer allem Zusammenhang stehen würde.

d) Gai. IV 55: — si quis ex testamento dare sibi oportere intenderit, cui ex stipulatu debebatur —. (Nicht hieher gehört Quintil. inst. orat. IV 2: — certam creditam pecuniam peto ex stipulatione, legatum peto ex testamento — denn er spricht nicht von der Klagformel, sondern von der Narratio des Redners, die zuweilen so einfach sei, daß sie mehr eine bloße propositio genannt werden müsse.) — Eine Beschränkung liegt darin, insofern der Kläger nun nicht mit dem Beweis eines andern Klaggrundes zugelassen wird, aber es schadet ihm auch nichts in Beziehung auf eine wiederholte Klage aus einem andern Obligationsgrund, ja es kann ihm vortheilhaft sein, insofern dadurch constatirt wird, daß der Obligationsgrund, den er bei der späteren Klage vorbringt, nicht schon bei dem vorhergehenden Proceß dem Richter vorgelegt war, ihm also nicht die res iudicata entgegensteht, während ohne jene expressa causa zwar für einen damals nicht gebrauchten Grund dasselbe gilt, aber eben die Entscheidung der Frage, ob er nicht schon damals gebraucht worden, ungewiß sein kann. Vgl. § 175 a. E.

e) L. 11 pr. D. de exc. rei iud. (44, 2): — quae unam tantum causam egit rupti testamenti — ist nicht von der Formula zu verstehen, so wenig als L. 11 § 2 eod.: si quis autem petat fundum suum esse eo quod Titius eum sibi tradiderit —. In der That nahm einer solchen Erwähnung in der Intentio das »ex iure quiritium« den Platz weg. Bei der in rem actio per sponsionem mag sie zulässig gewesen sein, wenn der Beklagte zustimmte.

denn auch eine Unklugheit gewesen; sie hätte den Kläger beschränkt, ohne ihm die Aussicht zu lassen, wegen eines andern Erwerbsgrundes die Klage noch einmal anzustellen (§ 175 a. E.). Bei Delictsklagen kommt nur in so weit eine Demonstratio vor, als sie in ius oder in bonum et aequum conceptae sind, z. B. quod N. N. Stichum, cum is Ai Ai ex iure quiritium esset, iniuria se occidisse fassus est, quantam pecuniam ob eam rem N. N. Ao Ao ex lege aquilia dare oportet, oder quod Auli Agerii mala Numerii Negidii pugno percussa est, oder quod Numerius Negidius sibilum inmisit Aulo Agerio infamandi causa,[f] oder si paret ope consiliove N. N. furtum factum esse paterae aureae, quam ob rem N. N. pro fure damnum decidere oportet;[g] soweit sie in factum componirt waren, wurde die nöthige Designation in die Intentio aufgenommen.[h] — Die Demonstratio steht nie allein, und zwar ist es eine Intentio der oben bezeichneten Art, mit der sie in wesentlicher Verbindung steht, und zu welcher sie die Einleitung bildet.

Die Intentio steht in allen formulae in ius conceptae, die formulae in factum conceptae haben statt ihrer eine designatio rei, die aber ihre Stelle vollkommen vertritt, sie ist nur nicht eine intentio iuris, aber eine intentio facti zu nennen. Eine besondere Bewandtniß hat es mit den Theilungsklagen. Diese haben eine doppelte Intentio. Die eine ist mit der Adjudicatio verbunden: *quantum adiudicari oportet* (*ex bono et aequo*), iudex Titio adiudicato.[i] Dieß wurde für den andern Theil eben so wiederholt. Aber diese Klagen gehen nicht bloß auf Theilung (worauf die Adjudicatio sich bezieht), sondern auch auf praestationes personales, zu denen ein Theilhaber dem andern zu condemniren, oder von denen er zu absolviren ist. Sie enthielten daher noch eine zweite Intentio, welcher eine Condemnatio folgte, etwa: tum quidquid ob eam rem alterutrum alteri dare facere oportet ex fide bona, eius iudex alterum alteri condemnato s. n. p. a. Von diesen zwei Intentionen ist die erste mit der Adjudicatio verbundene in rem concipirt, da der Gegner nicht genannt ist, die andere, welcher die Condemnatio folgt, in personam.[k]

---

f) Collatio II 6 § 4. 5 Gai. IV 60.

g) Gai. IV 37. Diese Formel ließ sich dann sofort auch auf die actio noxalis (wo diese ex lege stattfand) anwenden: si paret ope consiliove Stichi servi f. f. e. p. a., quam ob rem Lucium Titium p. f. d. d. o. etc.

h) [z. B. in der actio vi bonorum raptorum: quantae pecuniae paret dolo malo familiae Ni Ni vi hominibus armatis coactisve damnum factum esse Ao Ao dumtaxat sestertium tot milium, tantae pecuniae quadruplum recuperatores N. N. Ao Ao c. s. n. p. a. Keller sem. I 3 (1851) p. 596. R.]

i) Gai. IV 42. Der Zusatz ex bono et aequo findet sich in § 20 I. de action. (4, 6). Vorherging, wie ich glaube, nur eine Bezeichnung des Gegenstandes mit den Worten: de fundo quo de agitur (Heffter ad Gai. commen. IV p. 59 glaubt: eine Demonstratio, worin die communio rei ausgedrückt war). [Vgl. über die Formel im Ganzen Keller C. Pr. § 40 Note 458, der für Titio mit Recht alteri ab altero setzt. Dernburg Compensation § 12 läßt in der Erbtheilungsformel die Erwähnung der bona fides oder das aequum bonum weg, die hier gewiß am wenigsten fehlen durfte. R.]

k) Dieß war in der Quelle enthalten, aus der § 20 I. de action. (4, 6) geschöpft ist: quaedam actiones mixtam causam obtinere videntur, tam in rem quam in personam, qualis est familiae erciscundae actio etc. Diese Bemerkung hat für das justinianische Recht keinen Sinn mehr, denn in materieller Rücksicht, die für dieses Recht allein übrig geblieben ist, sind jene Klagen rein persönliche, sie entspringen aus einer Obligatio, die zwar ihrerseits aus der Gemeinschaft eines andern Rechts (Miteigenthum, Miterbrecht entsteht, über das aber mit jenen Klagen nicht gestritten werden kann (nur in einem seltenen Fall wird dieser Streit um das Erbrecht, das Eigenthum, auf den die Klagen gar nicht berechnet sind, mit aufgenommen L. 1 § 1 D. fam. erc. 10, 2). Eine eigenthümliche Natur allerdings hat eine der Theilungsklagen, die actio finium regundorum, der man in der That eine mixta causa auch materiell zuschreiben kann, aber diese

Die Intentio ist zugleich die einzige pars formulae, welche allein stehen kann. Es giebt nämlich Formeln, die bloß aus einer intentio bestehen, die praeiudiciales formulae, praeiudicia. Dieß sind die Klagen, auf welche der Richter lediglich über die Existenz einer rechtlichen Thatsache entscheiden soll, ohne den Beklagten zu condemniren, z. B. ob der Gläubiger den sponsores oder fidepromissores, die sich ihm verpflichtet haben, die Mittheilungen gemacht hat, die ihm gesetzlich obliegen:[l] wie hoch eine gewisse Dos sich belaufe; ob jemand Freigelassener sei;[m] ob Kind dieses Mannes;[n] ob frei.[o] Der Proceß ist ein praeiudicium, insofern dadurch eine Frage entschieden werden soll, welche die Grundlage für einen folgenden Proceß bilden wird oder kann. Die praeiudicia werden daher auch der actio im eigentlichen Sinn gegenübergestellt, wiewohl sie dieser Ausdruck im weiteren Sinn begreift.[p] Die Intentio ist bei ihnen stets in rem, d. h. ohne Nennung des Beklagten concipirt.

Die Condemnatio kommt in allen Formeln außer den praeiudiciales vor; sie ist aber nicht alleinstehend denkbar, sondern es gehen ihr stets die andern Theile der Formel, aus denen sie erst ihre Bedeutung zieht, voraus.[q]

Die Formel wird von dem Prätor nach den dafür bestehenden Regeln verfaßt, die von der Willkür des Klägers unabhängig sind. Dagegen erhält sie ihren besonderen Inhalt durch die Anträge der Parteien, und so namentlich, wovon hier zunächst die Rede ist, des Klägers. Ein Fehler, den er dabei begeht, ist zuweilen unschädlich, zuweilen kann er sein Recht in Gefahr bringen. Der Hauptfall ist eine Zuvielforderung, pluris petitio.[r] Diese ist auf vierfache Art möglich: zuviel fordert 1) re, wer eine größere Summe oder einen größeren Theil des Gegenstandes fordert, als ihm gebührt; 2) tempore, wer früher, 3) loco, wer an einem andern Ort fordert, als der Beklagte zu leisten hat, 4) causa, wer sonst die Gebühr überschreitet, z. B. während seine Forderung auf einen nur der Gattung nach bestimmten Gegenstand gerichtet ist und der Beklagte die Wahl hat, ein bestimmtes Individuum dieser Gattung fordert.

Die Wirkung der Pluspetition hängt davon ab, in welchem Theil der Formel sie geschehen ist. In der Intentio hat sie die Folge, daß der Kläger abgewiesen wird und nicht wieder klagen kann (rem perdit, causa cadit), da die Klage in iudicium deducirt und dadurch consumirt ist (§ 172).[s] Daher schadet

---

ist eben darum nicht in dem vollkommenen Sinn eine Theilungsklage, wie die beiden andern (§ 234), und ihre Formel ist ohne Zweifel auch anders (nämlich mit einer vorausgehenden Anweisung auf Ermittelung der wahren Grenzen) concipirt worden L. 2 § 1 D. fin. reg. (10, 1). — In einem ganz andern Sinne werden diese Klagen von Ulpian L. 37 § 1 D. de O. et A. (44, 7) mixtae actiones genannt, nämlich weil beide Parteien die Stellung des Klägers einnehmen, vgl. § 175.

l) Gai. III 123.

m) Gai. IV 44 L. 8 § 1 D. de in ius voc. (2, 4).

n) L. 3 § 2 D. de agnosc. lib. (25, 3).

o) § 13 I. de action. (4, 6).

p) L. 35 § 2 D. de procur. (3, 3) L. 37 pr. D. de O. et A. (44, 7).

q) So wie mit dieser Behauptung nicht gemeint ist, daß alle andern Theile zusammen vorausgehen müßten, eben so ist die Meinung des Gaius IV 44: item condemnatio sine demonstratione vel intentione vel adiudicatione nullas vires habet — nicht die, daß jeder dieser Theile allein der Condemnatio Kraft geben könne. Wie im Text die Conjunction, so ist bei Gaius die Disjunction nicht streng zu verstehen. Es giebt keine Formeln mit bloßer Demonstratio und Condemnatio, und bloßer Adjudicatio und Condemnatio, wohl aber mit bloßer Intentio und Condemnatio.

r) Gai. IV 53—60 § 33 I. de action. (4, 6).

s) Vgl. auch Cic. de orat. I 37. Ebenso war es zur Zeit der Legis Actiones Cic. l. c. 36.

es nicht, wenn er nicht sowohl mehr als vielmehr etwas ganz anderes gefordert hat, weil er hier die ihm zuständige Klage gar nicht in iudicium deducirt hat, mithin an ihrer künftigen Anstellung nicht gehindert ist. In einer incerta intentio ferner ist eine Zuvielforderung schon factisch unmöglich, weil der Kläger hier stets nur fordert, was ihm gebührt, ohne es näher zu bestimmen. Das bisher Bemerkte gilt auch für in factum actiones, wenn in die Designation mehr als recht gesetzt wird, eben weil dieser Theil der formula in factum concepta als Intention gilt. Umgekehrt, wenn zu wenig intendirt ist, kann wegen des übrigen später wieder geklagt werden, nur nicht während derselben Prätur, da der Beklagte in diesem Fall die exceptio litis dividuae hat. Wie dieser hier gegen eine willkürliche Trennung desselben Rechtsstreits, wenigstens gegen die nächste ihm daraus erwachsende Unbequemlichkeit in Schutz genommen wird, so auch, wenn der Kläger in böslicher Absicht eine von mehreren Klagen gegen ihn anbringt, die andern verschiebt, auch hier steht diesen letzteren innerhalb derselben Prätur eine exceptio litis residuae entgegen.[t])

Wenn in die Condemnation eine höhere Summe als sich gebührt gesetzt worden ist, so schadet dieß dem Kläger nicht, vielmehr würde es ihm Vortheil bringen, da der Beklagte streng genommen in das Mehr condemnirt werden müßte. Aber dieser erhält durch In integrum Restitutio eine Rectification der Formel. Nicht so der Kläger, wenn er zu wenig in die Condemnation hat setzen lassen, er wäre denn ein Minderjähriger. Hier gilt also der umgekehrte Satz von dem bei der Intentio gegebenen; das Zuviel schadet dem Kläger nicht, wohl aber das Zuwenig.

In der Demonstratio endlich hat das Zuviel oder Zuwenig keinen Einfluß, das Versehen wird von dem Judex, ohne daß es einer In integrum Restitutio, also der Mitwirkung des Prätors bedarf, rectificirt: falsa demonstratio non nocet.[u]) Manche Juristen behaupten eine Ausnahme bei solchen Klagen, wo der Verurtheilte infamis werde: ein Depositar z. B. hat sich belangen lassen, weil der Kläger zwei Sachen bei ihm deponirt zu haben behauptet, statt einer, wie es der Wahrheit gemäß ist; soll er nun infam werden, dadurch daß der Richter ihn allein wegen der einen condemnirt, welche zu erstatten er bereit gewesen wäre, wenn der Kläger sein Verlangen auf sie beschränkt hätte? fordert nicht vielmehr die Gerechtigkeit, daß der Richter den Kläger, der mit einer der Ehre seines Gegners so nahe tretenden Klage so leichtfertig umgegangen ist, abweise?[v]). Die herrschende Ansicht verwarf diese Ausnahme (wenigstens für die actio depositi in ius concepta), da es für den Beklagten, wenn er nur wirklich bereit war, ohne Proceß zu leisten, was der

---

t) Gai. IV 122.

u) [Dernburg Verh. der hereditatis petitio zu den erbschaftlichen Singularklagen (1852) S. 27 N. 3 erinnert mit Recht, daß Gaius IV § 58 von dieser Rectificirung nichts weiß, vielmehr ohne vollständige Erwähnung des Rechtsverhältnisses in der Demonstratio die Klage zwar nicht gefährdet, aber auch ohne Wirkung ist; sonst hätte es auch keiner Präscriptio, sondern nur des Weglassens eines Theils in der Demonstratio bedurft, welches letztere doch nach Gai. IV, 59 L. 17 § 4 D. commod. (13, 6) L. 29 pr. L. 86 D. de V. O. (45, 1) nur dann zulässig ist, wenn verschiedene Gegenstände, ohne ein Ganzes zu bilden, in demselben Contract zusammengefaßt sind. R.]

v) [Bei diesen Klagen nämlich verlangt der Prätor eine genaue Angabe des Factums in dem Entwurf der Demonstratio oder was deren Stelle vertritt: so in der actio depositi: L. 1 § 40. 41 depositi (16, 3); iniuriarum: L. 7 pr. D. de iniur. (47, 10) Collatio II 6, 1 (qui agit iniuriarum, certum dicat, quid iniuriae factum sit); furti: L. 19 pr. — § 5 L. 52 § 25 D. de furt. (47, 2) Paul. II 31, 22; doli: L. 16 de dolo (4, 3), wahrscheinlich auch tutelae: Cic. de or. I 36. R.]

Kläger in Wahrheit zu fordern hatte, andere Mittel gab, dem ihm nachtheiligen Urtheil zu entgehen.[w]) Etwas anderes ist eine falsche Bezeichnung des Factums bei einer formula in factum concepta, diese schadet dem Kläger, da hier die Bezeichnung des Factums als Intentio gilt.[x])

cc. Sponsiones.

CLXVIII. Stipulationen (Rechtsgeschäfte in Frage und Antwort, wodurch eine Person einer andern sich, unbedingt oder bedingt, zu etwas verpflichtet) beruhen gewöhnlich auf Uebereinkunft der Parteien, unter denen sie vorgenommen, und sodann, wenn der dadurch Verpflichtete nicht erfüllt, Grund einer Klage (je nach ihrem Inhalt: condictio certi, triticaria, actio ex stipulatu § 165) werden; diese heißen stipulationes conventionales. Zuweilen kann aber auch der Judex zu einer solchen anhalten, stipulationes iudiciales, z. B. wenn er bei den arbitrariae formulae dem Beklagten aufgiebt, die Restitution der Sache zu versprechen, und ihn um diesen Preis absolvirt. Endlich hält in vielen Fällen der Prätor zu Stipulationen an, stipulationes praetoriae, die auf sein Gebot eine Partei der andern leisten muß.[a]) Von diesen letzteren ist hier die Rede, sie sind ihrem Zweck nach verschieden;[b]) eine Classe derselben bezieht sich auf die Formulirung des Processes, und diese ist es, von der an diesem Ort gehandelt werden soll. Solche Stipulationen heißen sponsiones, insofern sie durch die Worte spondes? spondeo gemacht werden, und dieß ist bei den prätorischen Stipulationen der Fall, wenn beide Parteien römische Bürger sind.

Der Proceß kann durch eine Sponsion eingeleitet werden, welche der Prätor den Parteien auflegt. Der unter ihnen bestrittene Anspruch wird zum Gegenstand der Stipulation gemacht, das Recht des Klägers (oder die Thatsachen, von denen es abhängt) ist die Bedingung des Versprechens von Seiten des Beklagten,[c]) dieser macht sich zu etwas anheischig, unter der Bedingung, daß die Behauptung des Klägers richtig wäre.[d]) Der Kläger klagt sodann aus dieser Sponsion mit der Condictio, er behauptet, der Beklagte sei das Versprochene schuldig, d. h. die Bedingung der Sponsion (sein Recht) existire, und so wird nun der Proceß geführt: der Form nach über die Verbindlichkeit des Beklagten aus der Sponsion, wie denn auch der Richter sein Urtheil darauf faßt, ob der Beklagte das Versprochene schuldig sei oder nicht, der Materie nach über den Anspruch, welcher der Sponsio zu Grunde liegt, und von dessen Richtigkeit die Condemnation aus der Sponsio abhängt. Man sieht, diese Einleitungsform, das sponsione contendere, schließt sich sehr nahe an die actio

---

w) Vgl. § 172 (absolutoria iudicia).

x) [Dieser Ansicht war auch Gai. IV 60. R.]

a) L. 5 pr. D. de V. O. (45, 1).

b) Dig. XLVI 5: de stipulationibus praetoriis.

c) [Plaut. Menaechm. IV 2, 24 condiciones tetuli tortas confragosas = uti sponsio fieret. R.]

d) Z. B. si ex edicto P. Burrieni praetoris bona P. Quintii dies XXX possessa non sint (Cic. pro Quint. 27) — si bonorum Turpiliae possessionem Q. Caepio praetor ex edicto suo mihi dederit (Cic. fam. VII 21) — — tot nummos dare spondes? spondeo. Ueber die Fassung der Sponsion mit *si*, und die Erwähnung derselben mit *ni* vgl. Huschke Studien I S. 12 f. Keller semestrium ad M. Tullium Ciceronem (1843) lib. I § 1. [Diese Eigenthümlichkeit der Fassung scheint Ihering (Geist 3, 121 Note 161) bei seiner im Uebrigen beachtenswerthen Erklärung der sponsio bei Plautus Rudens V 3. 24. 25 nicht beachtet zu haben. R.]

sacramento an (§ 161), und auch aus andern Gründen darf ihr ein bedeutendes Alter zugeschrieben werden (§ 80 S. 192 ff.). Dieser Zweck der Sponsion, den Proceß einzuleiten, indem sie ihm die Form einer Verhandlung über ihren Inhalt giebt, wird durch den Namen: sponsio praeiudicialis ausgedrückt. Hat sie bloß diesen Zweck, so hat der Beklagte die sponsionis summa, in die er condemnirt wird, nicht wirklich zu leisten, sie ist eine reine Form, und hier stipulirt denn auch bloß der Kläger; aber sie kann überdieß noch den Zweck haben, den Unterliegenden zu strafen, hier muß der Kläger dieselbe Summe versprechen, der Beklagte hat gegen ihn eine restipulatio (§ 157), und sie heißt in diesem Fall sponsio poenalis.

Ein Beispiel der reinen sponsio praeiudicialis giebt die in rem actio.[e]) Diese kann angebracht werden 1) durch eine formula petitoria, mit der Intentio: rem (corporalem oder incorporalem) actoris esse, welche arbitraria ist (§ 165. 166 Note s), und bei welcher der Beklagte die satisdatio iudicatum solvi zu leisten hat (§ 157); 2) per sponsionem, indem der Kläger den Beklagten durch folgende Stipulation provocirt: si homo quo de agitur ex iure quiritium meus est, sestertios cxxv nummos dare spondes? Darauf wird die Formel mit der Intentio: si paret N. N. A. A. ss. cxxv nummos dare oportere gegeben, und von dem Beklagten wegen der Herausgabe der Sache und der Früchte die stipulatio pro praede litis et vindiciarum geleistet.[f]) Diese Form ist ganz der legis actio sacramento nachgebildet (§ 161), von der sich auch die Summe herschreibt.[g]) Der Proceß nimmt durch die auf die Forderung aus der Sponsion concipirte Formel die Form einer persönlichen Klage an.[h])

Eine sponsio poenalis ist die bei certa pecunia credita, ferner bei pecunia constituta (§ 157); die letztere betrifft eine prätorische Klage, welche später als in factum actio gegeben, anfangs aber vielleicht in der Form eingeführt wurde, daß der Prätor den Constituenten zu einer Sponsion anhielt, in Folge deren sodann die Condictio angestellt, die Formula in Ius gegeben werden

---

e) Gai. IV 91—95.

f) [Valerius Probus V 22 P. P. L. V. = pro praede litis vindiciarum. Die Stipulation geht auf doppelten Ersatz der Früchte. Wetzell Vindicationsproceß S. 80. R.]

g) [Die Nachbildung bestreitet Stintzing über das Verhältniß der legis actio sacramento zu dem Verfahren durch sponsio praeiudicialis (1853) S. 60, indem er die facultative Umgehung des sacramentum durch conventionelle sponsio von jeher annimmt; er verwechselt die conventionellen Sponsionen mit der prätorischen Proceßsponsion. R.] — 125 Sesterze sind gleich 500 Asses, Volus. Maecian. assis distr. § 47: nunc — sestertius quattuor asses valet. [Indeß nennt Gaius (IV 95) diese 125 Sesterze nur als Summe des Sacramentum, als Gegenstand der Sponsio giebt er nur 25 Sesterze oder 100 Asse an (IV 93); da nun die Sponsio und das Sacramentum selbst verschieden sind (IV 13), so existirt auch keine Nothwendigkeit, daß die Summe übereinstimme. Die Summe von 125 Sesterzen beruht übrigens auf der lex crepereia, wie auch Studemund bei Gaius liest, einem Münzgesetz aus dem zweiten punischen Kriege, welche den Denar zu 16, den Sesterz zu 4 Assen auszumünzen befahl Plin. nat. hist. 33, 13, 45 L. 37 C. de donatt. (8, 53). Die 25 Sesterzen scheinen darauf zu beruhen, daß die kleinste iniuria mit dieser Summe gebüßt wurde, omne enim quod non iure fit iniuria fieri dicitur. L. 1 pr. D. de iniur. (47, 10). R].

h) [Der ganze merkwürdige Umweg scheint sich auf die legitima iudicia unter römischen Bürgern (§ 160) bezogen zu haben: bei Peregrinen tritt statt der sponsio: ni factum sit sofort eine in factum actio ein (vgl. z. B. Cic. in Verr. II 3 c. 22. 28 mit c. 58—60.) In jenen iudiciis schloß nur die persönliche Klage mit intentio in ius concepta die Erneuerung des Anspruchs ipso iure aus (Gai. III 180. 181. IV 107), wollte man also eine in rem oder in factum actio endgültig abthun, so mußte man eine sponsio praeiudicialis schließen und aus dieser in personam klagen. So erklärt sich zugleich der Wegfall der Sponsionsklage im justinianischen Recht. (Rudorff) Vorrede zum Berliner Wintercatalog 1850. R. — Vgl. Bekker Aktionen I S. 246 ff. Huschke Multa S. 480 ff.]

konnte.*) Eine gleiche Bewandtniß hat es mit den Sponsionen bei den Interdicten (§ 169).

Man darf mit den bisher erwähnten die prätorischen Stipulationen nicht verwechseln, welche jemanden einen Anspruch geben sollen, der seiner Zeit geltend gemacht werden soll, deren Absicht aber nicht die Formgebung für einen Rechtsstreit ist, z. B. die cautio damni infecti, ratam rem haberi, iudicatum solvi. Eine von diesen nähert sich indessen sichtbar jenen das Judicium vorbereitenden Sponsionen: die stipulatio ex operis novi nuntiatione. Der durch einen Neubau Benachtheiligte gebietet Einhalt zu thun, der Bauende kann sich die Erlaubniß der Fortsetzung verschaffen durch Caution der Restitution, wenn er bei dem Proceß über seine Befugniß zu bauen Unrecht behalten würde, dieser Proceß muß von dem Verbietenden sofort erhoben, und sein Recht zu verbieten erwiesen werden. Jene Caution war nun zugleich bestimmt, diesem Proceß seine Form zu geben. Der Verbietende trat aus der Stipulation mit der condictio incerti (actio ex stipulatu) auf Restitution auf.[i])

dd. Interdicta.[a])

CLXIX. Im prätorischen Edict kommt für die Klagen, welche die Prätoren eingeführt haben, ein doppelter Ausdruck vor. Der eine besteht darin, daß nach vorangeschickter Voraussetzung gesagt wird: iudicium dabo (oder actionem dabo),[b]) womit der Prätor eine formula in factum concepta oder auch ficticia geben zu wollen ankündigt; der andere, daß er einen unmittelbaren Befehl; restituas, exhibeas, veto erläßt. Dieser Befehl nun wird von dem Prätor auf den einzelnen Fall angewendet, wenn eine Partei ihn gegen die andere, von der sie behauptet, sie habe gegen das Edict des Prätors gehandelt, geltend macht; er heißt in dieser Anwendung, die in einer kurzen Schrift den Formulä analog geschieht, decretum, wenn er in einem Gebot, interdictum, wenn er in einem Verbot besteht. Der letzte Name ist aber allgemein gebraucht worden, daher werden die Interdicta (nach den vorhin bemerkten drei Befehlen) eingetheilt in restitutoria, exhibitoria und prohibitoria.

Das Interdictum hat nicht die Absicht einer sofortigen Entscheidung der

---

*) [Vgl. Bruns Zeitschrift für Rechtsgeschichte I S. 58.]

i) L. 1 D. de stipul. praet. (46, 5) theilt die prätorischen Stipulationen in iudiciales, cautionales, communes. Die ersten sind die, von denen hier gehandelt worden ist, die Compilatoren haben alle Beispiele, als dem justinianischen Recht fremd, gestrichen, und nur die ex o. n. nuntiatione gelassen, die im justinianischen Recht freilich nicht mehr jene Bedeutung hat, dagegen die cautio iudicatum solvi dazugesetzt, welche in die folgende Classe gehört. Diese (cautionales) enthält die Stipulationen, die jemanden eine Klage verschaffen sollen, ohne Bezug auf ein anderes Judicium, das dadurch eingeleitet würde. Die dritte Classe (communes) bilden die stipulationes iudicio sisti, die zur Unterstützung zwar eines andern Processes, aber nicht als Einleitung dazu (wie die erste Classe) dienen. [Diese Auffassung ist in Betreff der cautio iudicatum solvi unrichtig. Die prätorischen Stipulationen sind entweder 1) nicht processualische (cautionales) oder 2) processualische. Diese scheiden sich wieder in *a*) iudiciales, die den Kläger sichern sollen, daß der Beklagte dem Urtheile in einem zweiten selbständigen Proceß genüge, *b*) communes, daß er jenen ersten Proceß übernehme. Die cautio iudicatum solvi gehört also allerdings unter die iudiciales: Schirmer die prätor. Judicialstipulationen (1853) S. 1—46. — Einen ganz andern Sinn hat die Eintheilung in iudiciales, praetoriae, conventionales, communes in L. 5 pr. D. de stip. praet. (46, 5) Tit. Inst. 3, 18: sie bezieht sich nicht bloß auf die prätorischen Stipulationen, sondern ist eine allgemeine der Stipulationen überhaupt. R. — Vgl. Bekker Aktionen II S. 35 ff.]

a) Gai. IV 138—170. Huschke de causa siliana Studien I 1. Bethmann-Hollweg Handbuch I § 37. [K. A. Schmidt das Interdictenverfahren der Römer 1853. Bekker Aktionen II S. 51 ff.]

b) [Valerius Probus V 6 I. D. = iudicium dabo.]

Sache, vielmehr dient es nur zur Einleitung des gerichtlichen Verfahrens. Es hat daher die Bedeutung einer Klage, und wird denn auch unter dem Wort actio im weiteren Sinn mitbegriffen,[c]) auch der Ausdruck formula wird darauf angewendet.[d]) Die Sache kommt vor ein Gericht (iudex oder recuperatores), welches der Prätor bestellt. Der Interdictenproceß gehört daher zum ordo iudiciorum privatorum,[e]) nur enthält er eine eigenthümliche Einleitung und Gestaltung des Judiciums.

Jene Conception des Interdicts durch den Prätor und die Bestellung des Judiciums ist allen Interdictenprocessen gemein, im übrigen aber ist ein verschiedenes Verfahren möglich. Aber auch die Conception selbst geschieht auf doppelte Art, und dieser Unterschied hängt mit einer wichtigen Eigenschaft gewisser Interdicte zusammen. Bei den meisten Interdicten wendet sich der Prätor nur an eine Partei, den Beklagten, dem er etwas gebietet oder verbietet, diese heißen daher interdicta simplicia; dahin gehören alle restitutoria und exhibitoria, und viele prohibitoria. Bei einigen dagegen richtet er seine Worte an beide Parteien, z. B. uti eum fundum de quo agitur possidetis, quo minus ita possideatis, vim fieri veto, sie heißen darum duplicia, wie wenn zwei Interdicte neben einander, für jeden ein besonderes, gegeben wäre. Die Folge davon ist, daß jede Partei hier die Rolle von Kläger und Beklagten hat (§ 175).

Bei interdicta restitutoria und exhibitoria haben die Parteien die Wahl zwischen einem doppelten Verfahren. Das eine und ohne Zweifel das älteste ist das per sponsionem: der Kläger provocirt den Beklagten zu einer Sponsion, wodurch dieser eine Strafe verspricht unter der Bedingung, daß er contra edictum praetoris gehandelt hätte, z. B. si fundum, unde tu me vi deiecisti, contra edictum praetoris non restituisti, tot nummos dare spondes,[f]) auf dieselbe Strafe hat der Beklagte eine restipulatio, deren Bedingung auf den entgegengesetzten Fall gefaßt ist. Auf diese Stipulationen wurde nun die Klage gegründet, jede Partei erhält eine Formel, worin auf die summa sponsionis oder restipulationis geklagt wird. Der darin bestellte Richter untersucht, ob die Voraussetzung der Sponsion oder Restipulation existirt, also ob contra edictum praetoris gehandelt worden ist, oder nicht, und condemnirt demzufolge entweder den Beklagten in die Sponsions- oder den Kläger in die Restipulations-Summe, und absolvirt eben so den andern Theil von dieser oder von jener. Aber dieß ist nur die Strafe, welche darauf berechnet war, von muthwilliger Proceßführung abzuhalten. Dem Kläger mußte, wenn er den Proceß gewann, auch die Restitution oder Exhibition werden, die den eigentlichen Gegenstand seines Anspruchs ausmachte. Dieses war der Zweck einer zweiten Formel, welche der Kläger an seine sponsionis formula anfügen ließ, und durch die ein iudicium de re restituenda oder exhibenda constituirt wurde, vermöge dessen, wenn nicht restituirt oder exhibirt wurde, der Richter den Beklagten in den Werth condemnirte. Neben diesem Verfahren cum poena (cum periculo) steht aber den Par-

---

c) L. 37 pr. D. de O. et A. (44, 7).

d) Gai. IV 141. Daher ist wohl auch der Ausdruck des Aggenus: interdicti formulae (p. 80, 25 Lachm.) als ein classisch technischer zu nehmen. [Die Schriftlichkeit des Interdicts folgt aber hieraus nicht, vielmehr ist von einem inter duos dicere, einer ὁμιλία πραίτωρος die Rede: Schmidt a. a. O. S. 233. R.]

e) L. 1 § 2 D. si ventris nom. (25, 5): coget autem eum decedere non praetoria potestate — sed melius et civilius faciet, si eum per interdictum ad ius ordinarium remiserit.

f) Vgl. Cic. pro Caec. 8. 19. 28. 29. 32 Gai. IV 165. Die Fassung erklärt sich daraus, daß nicht eigentlich wer dejicirt, sondern wer, wenn er dejicirt hat, nicht restituirt, contra edic-

teien noch ein anderes offen sine poena. Jede Partei kann bei dem ersten Erscheinen vor dem Magistrat einen arbiter erbitten, und dadurch jenes Verfahren cum poena ausschließen; es wird dann sofort eine formula arbitraria (§ 166) gegeben, worin der Richter angewiesen wird, den Beklagten, wenn er contra edictum nicht restituirt oder exhibirt, in den Werth zu condemniren. Haben die Parteien das Interdict erhalten, und den Magistrat verlassen, ohne daß eine von ihnen um einen Arbiter gebeten hat, so ist die Sache schlechterdings auf dem Weg der Sponsionen zu erledigen. Da aber jede Partei das Strafverfahren ausschließen konnte, es also nur mit dem übereinstimmenden Willen beider stattfand, so ist wohl anzunehmen, daß es bei diesen Interdicten seit der Einführung der arbitraria formula für dieselben höchst selten gebraucht wurde.

Bei den interdicta prohibitoria giebt es nur ein Verfahren, das durch Sponsionen. Man hat nach dem Grund gefragt, warum die poena hier unvermeidlich war.[g]) Hier muß man vor allem festhalten, daß das Sponsionenverfahren ursprünglich bei allen Interdicten das einzige war, und daß erst später eine formula arbitraria statt der Sponsionen (also abgesehen von dem mit diesen verträglichen und auf sie folgenden Arbitrium) zugelassen wurde. In der That stimmt nur jenes Strafverfahren mit dem eigenthümlichen Charakter des Interdictenprocesses; daß der Prätor den Parteien zuerst ein Interdictum giebt, hat eigentlich nur dann Sinn und Bedeutung, wenn es den Grund für eine unter ihnen vorzunehmende Sponsion und Restipulation ist. Wird mit einer Actionsformel angefangen, so ist die conceptio interdicti eigentlich etwas ganz überflüssiges, ein Anfang, zu dem das Ende fehlt. Die Zulassung einer Actio statt der Sponsion nach geschehener Conception des Interdicts war daher etwas abnormes, welches zuzulassen man bei den restitutorischen und exhibitorischen Interdicten sich veranlaßt sah, da diese ihrem Gegenstand nach actionenartig sind, welches man aber nicht ohne eine solche Veranlassung weiter auszudehnen geneigt war. Die Einführung jener formula arbitraria war der erste Schritt zur Aufhebung des Interdictenprocesses.[h]) Bei den prohibitorischen Interdicten wollte man die Parteien nicht von der Strafe befreien, die auf dem Verlust des Sponsionenprocesses stand. Eine actio hätte hier, wo die Verhinderung einer Handlung der Zweck der Klage war, auf eine Strafe (s. Note m), oder auf Versprechen einer solchen bei wiederholtem Versuch der Handlung gehen können, also im Grunde auf dasselbe, wie die Sponsion, nur unter Bevorzugung des Klägers, der ungestraft dem Handelnden hätte durch seine Klage beschwerlich fallen können, das fand man nicht gerecht.

Eine besondere Gestalt hat noch das Verfahren bei den interdicta duplicia (interdictum uti possidetis, interdictum utrubi). Bei dem Rechtsstreit nämlich um den Besitz, wobei jede Partei Besitzer zu sein behauptet, ist noch der Besitzstand während des Processes zu entscheiden. Dieser interimistische

---

tum handelt, denn der Prätor verbietet bei dem interdictum de vi wörtlich nicht die Dejection, sondern gebietet die Restitution.

g) Verschiedene Meinungen haben darüber geäußert: Haubold in der Zeitschrift für gesch. Rechtswiss. III S. 385 ff. Huschke Studien I S. 8 ff. Heffter ad Gai. comm. IV p. LV. Zimmern röm. Civilproceß § 71.

h) Es gab römische Juristen, welche dem Abkommen des Strafverfahrens bei den restitutorischen und exhibitorischen Interdicten widerstanden, indem sie es wenigstens bei dem unterliegenden Kläger für einen offenbaren Beweis der Calumnia betrachteten, wenn er auf Bestellung eines Arbiter angetragen und dadurch die Strafe zu vermeiden gesucht hatte, aber die Praxis theilte diese Ansicht nicht Gai. IV 163.

Besitz (»fructus«, d. h. die factische Möglichkeit, die Sache während jener Zeit zu benutzen) wird dem zugesprochen, der sich für den Fall, daß er Unrecht behalten würde, zu der größten Strafe anheischig macht. Zu diesem Zweck wird eine Licitation vorgenommen, fructus licitatio, jene Strafe heißt daher fructus licitationis summa. Verliert der höchste Licitant, der also um diesen Preis den interimistischen Besitz erhalten hat, den Proceß, so muß er diese Summe dem Gegner zahlen, und schon jetzt dieses ihm versprechen durch die fructuaria stipulatio, aus welcher auf die Strafe geklagt wird;[i] ist die Stipulation unterlassen, so kann die Strafe dennoch gefordert werden mit dem iudicium fructuarium (oder secutorium). Ueberdieß muß er die Sache mit den gezogenen Früchten herausgeben (denn die licitationis summa ist eine reine Strafe), und darauf geht das iudicium cascellianum oder secutorium (unterschieden von jenem secutorium auf die Licitationssumme). Der Richter hat nun bloß zu untersuchen, wer zur Zeit der Conception des Interdicts wirklich Besitzer war (nec vi, nec clam, nec precario ab adversario). Entscheidet er für den höchsten Licitanten, so condemnirt er den Gegner in die Sponsions- und Restipulations-Summe, und absolvirt eben so den Ersten von der einen wie der andern.[k] Entscheidet er gegen den höchsten Licitanten, so condemnirt er diesen in die Restipulations- und Sponsions-Summe mit Absolvirung des Gegners, ferner in die Licitationssumme, endlich gebietet er ihm, den Besitz mit den gezogenen Früchten herauszugeben, und condemnirt ihn in den Werth, wenn er es nicht thut.[l]

---

i) Nach Heffter soll die fr. stip. auf die Restitution des Besitzes gehen, das ist entschieden zu verwerfen, nach Zimmern auf die Restitution der Früchte selbst, auch dieß stimmt mit der Ordnung, in welcher Gaius die Gegenstände abhandelt, nicht überein.

k) [Da nämlich die Interdicte duplicia sind, so stipulirt jede Partei von der andern: si adversus edictum illius praetoris possidenti (im Interdictum Utrubi: ducenti) mihi vis abs te facta est, tantum dare mihi spondes? Gai. IV 166 alter alterum sponsione provocat, quod adversus edictum praetoris possidenti sibi vis facta sit. Eben so restipulirt jede Partei: si — possidenti (ducenti) tibi vis a me facta non est, tantam pecuniam dare mihi spondes? Es werden also in Allem vier Stipulationen (zwei Sponsionen und zwei Restipulationen) geschlossen. Doch pflegt man die Sache dadurch abzukürzen, daß Jeder seine Sponsion und Restipulation in eine Frage zusammenzog, z. B. si — possidenti mihi vis abs te facta est et possidenti tibi a me vis facta non est, quanti quaeque earum rerum est, tantum dare mihi spondes? R.]

l) [Es drängt sich die Frage auf, durch welche Rechtsmittel die cetera ex interdicto, d. h. die vis nach dem Interdict, die Licitation des Interimsbesitzes, die satisdatio iudicatum solvi des interimistischen Besitzes, die Sponsionen und Sponsionsklagen erzwungen wurden? Ueber diese Frage waren bisher nur Vermuthungen möglich. Jetzt liest Studemund bei Gaius IV, 170: sed quia nonnulli interdicto reddito cetera ex interdicto facere nolebant et ob id non poterat res expediri, praetor in eam rem prospexit et comparavit interdicta quae secundaria appellamus, quod secundo loco redduntur. quorum *vis et potestas haec est, ut qui* cetera ex interdicto non faciat, velut qui vim non faciat aut fructus non liceatur aut qui fructus licitationis satis non det, aut si sponsiones non faciat sponsionumve iudicia non accipiat, *sive* possideat, restituat adversario possessionem, *sive non possideat, vim illi* possidenti ne faciat. Krüger krit. Versuche (1870) S. 84. Daraus erhellt, daß das Verfahren ein ähnliches war wie in den in rem actiones, wenn der Beklagte die defensio verweigerte (§ 157 c). Die interdicta secundaria entsprachen nämlich dem Interdict quem fundum und lauteten etwa qua de possessione ille tecum interdixit, eam, si nolis DEFENDERE, illi RESTITUAS antequam ex iure exeas, oder wenn der Implorant Besitzer war illi INGREDIENTI illum fundum (DUCENTI illum hominem) VIM NE FACIAS. Das Interdictswort defendere Ulp. 70 ad edictum L. 166 pr. D. de R. J. (50, 17) ist nämlich nicht, wie man bisher annahm (Rudorff ed. perpetuum 1869 § 224 n. 2), auf das Interdict quem fundum, sondern auf das secundarium zu beziehen. Eben so erhellt nunmehr, daß die Worte des Paullus lib. 67 ad edic-

Zuletzt drängt sich noch die Frage auf, welche Absicht der Einführung des Interdictenverfahrens zu Grunde liegt, und worin im allgemeinen seine praktische Bedeutung zu suchen ist? Wir unterscheiden im heutigen Proceß ein ordentliches und ein summarisches Verfahren, in welchem letzteren der gemessene Gang des ersteren dem Bedürfniß einer schleunigeren Rechtshülfe bei gewissen Rechtssachen aufgeopfert wird. Man hat denselben Unterschied dem römischen Interdictenproceß und Actionenverfahren unterlegen, und jenem den Charakter eines summarischen Processes zuschreiben wollen.[m]) Sieht man näher zu, so entbehrt diese Vorstellung allen Grundes. Die summarische Behandlung könnte in dem Verfahren vor dem Prätor, oder vor dem Richter, oder in dem Uebergang von jenem zu diesem gelegen haben. Das erste war nicht der Fall, im Gegentheil, wenn es zur Sponsion kam, wurde dieses Verfahren nicht an dem Tag zu Ende gebracht, und die Parteien mußten sich an einem folgenden einfinden, auch war es nicht, wie bei den Actionen, mit Einer Formel abgethan; über das zweite haben wir keine Nachricht, und eben so wenig darüber, ob eine kürzere Frist zwischen ius und iudicium vorgeschrieben war. Das Eigenthümliche des Interdictenprocesses überhaupt (abgesehen von den besonderen Zusätzen bei den interdicta duplicia) bestand in dem von dem Prätor gegebenen Interdict und den von den Parteien demzufolge gemachten Sponsionen, darin liegt etwa eine Abschreckung von dem Proceß, aber keine Beschleunigung des Processes selbst. Die ursprüngliche Bedeutung der Interdicte war, jemanden eine Rechtshülfe zu gewähren, der außerdem keine hatte, nicht eine schleunigere dem, der sonst eine langsamere gehabt hätte. Es ist nicht unwahrscheinlich, daß die Interdicte zu einer Zeit entstanden, wo der Prätor noch keine Actiones geben konnte (§ 80 S. 193 f.), nach der Lex Aebutia behielt man die einmal vorhandene Rechtsform bei, nur daß der Prätor neben den Interdicten, für welche dieß zu passen schien, actiones in factum gab (d. h. er ließ zu, daß man nach Edition des Interdicts um eine formula arbitraria bat, s. oben). Unsere Frage nach der praktischen Bedeutung des Interdictenprocesses zu der Zeit, wo der Prätor auch Actiones geben konnte, fällt somit zusammen mit der: warum ist noch später das Actionenverfahren nicht bei den prohibitorischen Interdicten zugelassen worden?[n]) und diese Frage ist schon vorhin beantwortet worden. Der Grund dieses Rechts und die praktische Bedeutung des Interdictenverfahrens lag lediglich in den Sponsionen.

---

tum L. 61 D. de V. S. (50, 16) SATISDATIONIS appellatione interdum etiam rei promissio continetur, qua contentus fuit is cui satisdatio debebatur, welche Cujacius auf das int. quod legatorum bezog, auf das int. secundarium gingen. Auf das Interdict gegen den Mehrbieter bezieht sich endlich Venuleius lib. 1 interdictorum L. 52 § 2 D. de poss. (41, 2) species inducendi in possessionem alicuius rei (fundi aediumve?) est *prohibere ingredienti vim fieri:* statim enim cedere adversario et vacuam relinquere possessionem iubet, quod multo plus est quam restituere. Mit Rücksicht auf alles Dieses heißt es bei Frontin de controv. agr. p. 44, 3—17 de loco, si possessio petenti firma est, etiam interdicere licet *si cetera ex interdicto diligenter perayantur.* magna enim alea est litem ad interdictum deducere, cuius est executio perplexissima. R.]

m) So noch Thibaut Archiv für civ. Pr. X 23. Dagegen Savigny Zeitschrift VI 3. Vgl. auch Zimmern röm. Civilpr. § 71 a. E. Bethmann-Hollweg a. a. O. (Note a) hat sich vorzugsweise mit dieser Frage beschäftigt.

n) In einem Fall, gegen den, welcher den in possessionem missus in den Besitz zu kommen hindert, gab der Prätor auch eine Actio auf eine Strafsumme, die dem Interesse des Missus bei der Missio gleichkommt Dig. XLIII 4.

ee. Zusätze zu den Formeln für den Beklagten.

CLXX. Der Inhalt der Formula, der oben dargelegt worden ist, soweit er auf den Postulationen des Klägers beruht, kann durch die Vertheidigung des Beklagten vermehrt werden, deren Aufnahme in die Formel dieser fordert, damit sie der Richter berücksichtige.[a])

Besteht die Vertheidigung des Beklagten bloß in einer Negation (§ 29 S. 47), so erhält die Formel keinen Zusatz. Die Anweisung an den Richter, sie zu berücksichtigen, liegt schon in der bedingten Fassung der Formel: si paret — condemnato, si non paret, absolvito. Daher läßt sich auch umgekehrt der Begriff einer Negation im processualischen Sinne so bestimmen: es ist die Vertheidigung des Beklagten, die schon in jener allgemeinen Bedingung der Condemnation liegt.[b]) Nun kann es aber sein, daß dem Beklagten eine Vertheidigung zusteht, die ihn gegen die Condemnation schützt, auch wenn das si paret bejaht werden müßte, wodurch also noch eine zweite Bedingung der Condemnation hinzugefügt wird. Hier erhält die Formel noch einen Zusatz, wodurch der Richter angewiesen wird, nur dann zu condemniren, wenn nicht bloß die Intention des Klägers, das si paret, richtig, sondern auch die Behauptung des Beklagten, vermöge deren er von dem Anspruch befreit sein will, unrichtig ist: si non z. B. convenit ne ea pecunia peteretur.[c]) Würde dieses pactum de non petendo die Wirkung einer rechtlichen Vernichtung der Obligatio haben, wie z. B. die acceptilatio, so wäre der Zusatz überflüssig, die Berufung auf dasselbe wäre eine Negation, sie würde nicht eine zweite Bedingung der Condemnation bilden, da ihre Wahrheit die Intention selbst als falsch erscheinen ließe. Weil dem aber (in der Regel) nicht so ist, die Intention also richtig bleibt, wenn auch jene Behauptung wahr ist, so bedarf es, um ihr Wirkung zu geben, jenes Zusatzes zur Formel, der neben die in der Intention enthaltene Bedingung noch jene zweite setzt. Von dem Standpunkt des Beklagten aus bildet der von ihm vorgeschützte Umstand eine Ausnahme von der Condemnation, und heißt daher exceptio; in der Formel selbst wird sie, da diese von dem Standpunkt des Klägers aus abgefaßt ist, nicht bejahend, sondern verneinend, also als Bedingung ausgedrückt,[d]) und so zwischen die Intention und die Condemnation eingeschoben, z. B. wenn der Beklagte be-

---

a) Gai. IV 115—129. 133. Inst. IV 13: de exceptionibus. 14: de replicationibus Dig. XLIV 1: de exceptionibus, praescriptionibus et praeiudiciis. Vgl. Savigny System V § 225—229.

b) Die Klage ist z. B.: si paret rem actoris esse, der Beklagte behauptet, der Kläger sei nicht Eigenthümer, oder er habe aufgehört es zu sein, da er, Beklagter, die Sache usucapirt habe; si paret reum centum dare oportere, der Beklagte behauptet, er sei nicht schuldig, oder er habe gezahlt; gegen die Klage quod A. A. a. N. N. incertum stipulatus est, quidquid ob eam rem N. N. A. A. dare facere oportet, behauptet der Beklagte, es sei keine Stipulation geschehen (gar keine, oder eine nichtige), oder die Schuld sei durch Acceptilatio oder Zahlung aufgehoben. Alle diese Behauptungen des Beklagten sind Negationen, denn wenn sie wahr sind, so muß man sagen, res actoris non est, non paret reum centum dare oportere, nihil eum dare facere oportet, die Intentio ist falsch, die Bedingung, die sie dem Richter für die Condemnation setzt, ist nicht vorhanden.

c) Ulpian. L. 2 pr. D. de except. (44, 1): Exceptio dicta est quasi quaedam exclusio, quae opponi actioni cuiusque rei (Ulpian wahrscheinlich: interponi formulae) solet ad excludendum id, quod in intentionem condemnationemve deductum est. L. 17 D. de evict. (21, 2): — intentione per exceptionem elisa. [Exceptionen in der Condemnatio: L. 22 pr. D. de except. (44, 1), z. B. quod facere possit. L. 7 pr. D. eod. L. 63 § 2 D. pro soc. (17, 2) L. 17 § 1 D. sol. matr. (24, 3). R.]

d) L. 22 pr. D. de except. (44, 1): exceptio est condicio —.

hauptet, es sei zwischen ihm und dem Kläger verabredet worden, daß er erst nach einer noch nicht abgelaufenen Frist solle zu zahlen haben: si paret N. N. A. A. decem dare oportere, si inter A. A. et N. N. non convenit, ne intra quinquennium peteretur, iudex N. N. A. A. decem condemnato s. n. p. a.[e])

In Beziehung auf ihren Grund sind die Exceptionen von doppelter Art. Entweder beruhen sie auf einem unveränderlichen Grund, so daß sie der Klage für immer entgegenstehen und von dem Kläger nicht vermieden werden können, und es also gleichgültig ist, wie und wann er die Klage gegen den Beklagten anstellt; diese heißen exceptiones perpetuae, sie machen die Klage für immer unwirksam, heben sie daher auf und werden darum auch peremtoriae genannt. Oder ihre Zuständigkeit gegen den Kläger hängt von Umständen ab, die jetzt existiren, aber in Zukunft wegfallen können, oder auch entschieden nach einer gewissen Zeit wegfallen werden, so daß es in der Macht des Klägers steht, sie zu vermeiden, wenn er die Zeit abwartet, nach deren Eintritt die Exceptio aufhört, begründet zu sein, oder sonst die Klage so anstellt, daß er den Grund derselben beseitigt. Diese heißen temporales oder dilatoriae. Sie betreffen theils die Zeit der angestellten Klage, so die exceptio pacti ne intra certum tempus petatur (s. das vorhin gegebene Beispiel), exceptio litis residuae und dividuae (§ 167), theils die Person des Klagenden, so die exceptiones cognitoriae und procuratoriae (§ 156). Der Unterschied zwischen peremtorischen und dilatorischen Exceptionen liegt nicht in der Wirkung, die sie auf das Urtheil des Richters äußern. Auch die letzteren bewirken, daß der Beklagte, wenn sie richtig befunden worden sind, absolvirt werden muß, mit allen den Folgen für den Kläger, die eine sonstige Absolution hat.[f])

Die Conception der Exceptionen geschieht entweder mit specieller Bezeichnung der Thatsache, durch die der Beklagte von der Klage befreit zu sein behauptet, z. B. des Vertrags, solche heißen exceptiones in factum, oder mit Berufung auf einen Rechtssatz, dem die Klage zuwider ist, ohne daß die Thatsache speciell genannt wird, z. B. si in ea re nihil contra legem cinciam factum est, eine solche kann auch in factum concipirt werden: si non donationis causa mancipavit oder promisit se daturum.[g]) Es giebt eine solche Einrede, die von sehr weiter Anwendung ist: die exceptio doli, welche so concipirt wird:

---

e) Statt si non kommt auch die ganz gleichbedeutende Fassung vor: extra quam si, z. B. quid ita factum sit, uti de lege fieri licuit, Labeo im § 16 der L. 1 D. de flumin. (43, 12), vgl. Cic. de invent. II 20. Vgl. Savigny System V § 226 Note a. [Da ferner in der Intentio oder Designatio schon eine Bedingung der Condemnatio enthalten ist, so wird die Exceptio auch wohl durch ac oder quod, oder qua de re mit jener copulativ verbunden, z. B. ac si non in ea causa tabulae testamenti sint, ut contra eas emancipato bonorum possessio dari possit L. 2 D. de exc. rei iud. (44, 2) L. 15 D. de O. et A. (44, 7) oder quod praeiudicium hereditati non fiat inter actorem et eum, qui venum dedit L. 25 § 1 D. de her. pet. (5, 3) oder qua de re operis novi nuntiationem duumvir — non remiserit: lex rubr. c. 19. — Von einer Fassung der Exceptionen mit nisi oder aut nisi, die als etwas ganz Gewöhnliches angegeben zu werden pflegt, kommen nur in § 4 I. de replicat. (4, 14) und L. 1 § 16 de flum. (43, 12) zwei kritisch und sachlich gleich mißliche Beispiele vor. Vgl. Huschke Zeitschr. XIII 315. 321. R.] — Die Stelle unmittelbar hinter der Intentio, die im Text der Exceptio zugeschrieben wird, stimmt wenigstens mit dem Wesen derselben am besten überein. Eine andere Ansicht hat Savigny a. a. O. Note l, er setzt sie hinter die Condemnatio.

f) Daß es Einreden gab, dem Inhalt nach den exceptiones dilatoriae analog, bei denen dieser Grundsatz nicht galt, wird § 171 vorkommen.

g) Fragm. vat. 310 (— neque cinciae legis exceptio — neque in factum: si non donationis causa mancipavi vel promisi me daturum. [Ein anderes Beispiel giebt die exceptio: si in ea re nihil contra legem papiam factum sit. L. 7 D. de cond. inst. (28. 7).

si in ea re nihil dolo malo Auli Agerii factum sit neque fiat.[h]) Diese hat eine doppelte Richtung, entweder auf einen vergangenen Dolus des Klägers, dessen er (oder ein Anderer, vorausgesetzt, daß dessen Dolus ihm schadet) sich bei dem Geschäft, aus dem er klagt, schuldig gemacht hat (darauf bezieht sich der erste Theil der Fassung, und in so weit ist die Exceptio in factum), oder auf einen gegenwärtigen Dolus, den er eben dadurch, daß er etwas ungerechter Weise fordert, also durch die Erhebung seines Anspruchs selbst begeht (darauf bezieht sich der zweite Theil).[i]) Daher kann jede exceptio in factum als doli exceptio gefaßt werden,[k]) und der Beklagte hat die Wahl, ob er sich dieser Exceptio bedienen oder das Factum, auf das er sich bezieht, speciell ausdrücken lassen will.[l]) — Ein anderer Unterschied der Fassung ist, ob in der Exceptio die Person des Klägers genannt wird (s. das Beispiel der doli exceptio), oder ob die Person wegbleibt, z. B. si in ea re nihil metus causa factum est;[m]) hier heißt die Exceptio in rem, und es ist für ihre Wirkung gleichviel, von wem das Factum ausgegangen ist, das sie begründet. Regelmäßig sind die Exceptionen nicht in rem, aber damit ist nicht gesagt, daß das Factum nothwendig von dem Kläger geschehen sein müsse, nur muß ein rechtliches Verhältniß zwischen ihm und dem, von dem es geschehen ist, bestehen, vermöge dessen er sich die Exceptio aus dessen Person gefallen lassen muß.[n]) Dagegen ist es die seltene Ausnahme, wenn die Exceptio personae cohaerens ist, d. h. nur einer gewissen Person (nicht ihren Successoren) zusteht, die allermeisten Exceptionen sind rei cohaerentes, in Beziehung auf den Beklagten in rem.[o])

Der allgemeine Name dieser Einreden ist: quod (oder si quid) contra legem senatusve consultum factum est (esse dicetur) Gai. IV 121 L. 3 D. de exc. (44, 1). R.]

h) Gai. IV 119.

i) L. 2 § 5 D. de doli exc. (44, 4): — nam et si inter initia nihil dolo malo fecit, attamen nunc petendo facit dolose, nisi sit talis ignorantia in eo, ut dolo careat.

k) L. 2 § 5 cit.: Et generaliter sciendum est, ex omnibus in factum exceptionibus doli oriri exceptionem, quia dolo facit quicunque id, quod quaqua exceptione elidi potest, petit — (folgen die Worte der Note i). So z. B. die exceptio pacti, dolo enim facere qui contra pactum petat, negari non potest L. 2 § 4 eod. Daher gilt auch von dieser bei den bonae fidei iudicia, was von der doli exceptio (s. unten): bonae fidei iudicio exceptiones pacti insunt L. 3 D. de rescind. vend. (18, 5).

l) L. 2 § 4 D. de doli exc. (44, 4) L. 12 eod.: Qui aequitate defensionis infringere actionem potest, doli exceptione tutus est. Nur wenn der Kläger eine Person ist, der er Ehrerbietung schuldet (parens, patronus), kann der Beklagte die Fassung auf den Dolus nicht fordern L. 4 § 16 eod.

m) L. 2 § 1 L. 4 § 33 D. eod.

n) Im Allgemeinen besteht dieses Rechtsverhältniß darin, daß er Successor desselben ist, bei der doli exceptio ist es beschränkt auf die successio ex lucrativa causa, der dolus auctoris schadet z. B. dem Beschenkten, nicht dem Käufer L. 4 § 27. 31 D. eod. Die exceptio in rem setzt gar kein solches Successionsverhältniß voraus, ich habe die exceptio metus gegen die Vindication dessen, der mit dem, welcher mir die Sache abgenöthigt hat, in gar keinem Verhältniß steht.

o) So z. B. die doli exceptio: L. 7 pr. § 1 D. de except. (44, 1) L. 2 § 2 D. de doli exc. (44, 2): ex persona eius, qui exceptionem obiicit, in rem opponitur exceptio: neque enim quaeritur, adversus quem commissus sit dolus, sed an in ea re dolo malo factum sit a parte actoris. [Wegen dieser Stelle war in der ersten Ausgabe angenommen worden: die unpersönliche Natur in Beziehung auf den Beklagten werde in der doli exceptio durch die Worte si *in ea re* nihil ausgedrückt. Dieß geschieht aber vielmehr durch bloße Nichterwähnung des Beklagten. Die Worte in ea re dienen nur dazu, die Exception auf die gegenwärtige Klage oder die ihr unmittelbar zum Grunde liegende juristische Thatsache zu beschränken. Ist also z. B. der ursprüngliche Anspruch durch Novation geändert, so kommt vermöge jener Worte nur der bei der stipulatio oder transscriptio a re in personam begangene Dolus in Betracht L. 1 § 7 D. de dolo (4, 3). Aus diesem Grunde unter andern war dem C. Canius (Cic. de off. III 14) durch doli exceptio nicht zu helfen. Rudorff Zeitschr. für gesch. R. W. XII S. 169. R.]

Die Exceptio ist ein Theil der Formel, welcher die Vertheidigung des Beklagten bezweckt, dieß ist die processualische Seite des Begriffs, von der bisher ausschließlich die Rede war. Nicht jede Vertheidigung, haben wir gesehen, giebt Veranlassung zu einer Exceptio; welcher Art sie sein muß, um die Form der Exceptio zu erhalten, ist gleich am Eingang dieser Lehre bestimmt worden. Sehen wir dagegen auf den Inhalt der Exceptio, so bildet diesen ein Umstand, den der Beklagte der Klage entgegenzusetzen berechtigt ist, ein Umstand aber, der das Recht, welches der Kläger gegen den Beklagten geltend macht, nicht vernichtet, dessen Bedeutung also nicht die ist, das Recht als nie oder als jetzt wenigstens nicht vorhanden darzustellen, sondern diesem Recht nur seine Wirkung (wenigstens gegen den Beklagten), sei es für immer (bei den peremtorischen Einreden) oder für jetzt (bei den dilatorischen) zu entziehen. Z. B. die Stipulation, aus der jemand die Forderung geltend macht, ist mit einem Wahnsinnigen geschlossen, dieser Umstand giebt dem Beklagten keine Exceptio, denn er bewirkt, daß die Stipulatio nichtig ist. Hat dagegen der Gläubiger bei der Stipulation betrüglich gehandelt, so würde dasselbe gelten, wenn das Recht vorschriebe, daß eine Stipulation als Rechtsgeschäft ohne Abwesenheit des Dolus sich gar nicht denken lasse, dem ist aber nicht so; schützt daher der Betrug gegen die Wirkung der Stipulation, so geschieht dieß nur durch Exceptio. Man kann dieß auch so ausdrücken: die Wirkung des Rechts des Klägers wird durch ein ihr entgegenstehendes Recht des Beklagten gehemmt.[p]) Bei dieser materiellen Betrachtung der Exceptio entsteht nun die Frage: woher erhält ein Umstand die Kraft, den Beklagten auf diese Weise zu schützen? Die Antwort ist: alle Rechtsquellen, welche Rechte geben, haben auch das Recht der Exceptio gegeben.[q]) Der markirteste Fall ist nach älterem Recht der, wo das prätorische Recht einen Beklagten aus Gründen des allgemeineren Rechts (der aequitas) gegen Ansprüche, die nach dem Jus civile bestehen, in Schutz nimmt; dieser Schutz konnte nur auf dem Weg einer Exceptio realisirt werden, da der Prätor nicht festzusetzen vermochte, ein nach Jus civile bestehendes Recht bestehe nicht, also die darauf gerichtete Intentio sei von dem Richter als falsch zu betrachten. Aber der Prätor behandelte auch manche Vertheidigungen gegen Ansprüche, die lediglich auf seinen eigenen Festsetzungen beruhten, denen gegenüber er also nicht so beschränkt war, als Exceptionen, und eben dieß geschah bei Vertheidigungen, die aus Volksschlüssen, Senatusconsulten u. s. f. ihre Berechtigung ableiten, so daß also der Gestaltung eines dem Anspruch des Klägers entgegentretenden Umstandes als Exceptio häufig ein innerer, von

---

p) Savigny System V S. 152. [Gegen die obige Auffassung des Gegensatzes zwischen ipso iure und per exceptionem vgl. Bekker Aktionen II S. 275 ff., Brinz Pandekten 2 Aufl. (1875) I § 106, Lenel über Ursprung und Wirkung der Exceptionen 1876 und die dort angeführten.]

q) Gai IV 118: — quae omnes vel ex legibus, vel ex his, quae legis vicem obtinent, substantiam capiunt, vel ex iurisdictione praetoris proditae sunt. [Dagegen der Form nach sind alle Exceptionen prätorischen Ursprungs: Cic. de inv. II 19 nam et *praetoriis* exceptionibus multae excluduntur actiones — Gai. IV 108 alia causa fuit olim legis actionum — nec omnino ita, ut nunc, usus erat illis temporibus exceptionum. Den Uebergang bildeten hier, wie bei den Actionen (Gai. IV 1 S. 191 § 168), die Sponsionen (z. B. Plautus Rudens V 3, 25 ni dolo malo instipulatus sis nive etiam dum siem quinque et viginti annos natus), deren Einfluß in der bedingten Formulirung der Actionen und Exceptionen, in der Stellung der letzteren zwischen den Interdicten und Stipulationen, in der Verbindung derselben mit den Präjudizien, und dem Grundsatz agere videtur, qui exceptione utitur (L. 1 de exc. 44, 1 L. 37 de O. et A. 44, 7) noch später erkennbar blieb. R.]

der äußeren Möglichkeit, ihm eine directe Wirkung zu geben, unabhängiger Grund unterliegt.[r])

Wir kehren zur processualischen Seite der Sache zurück, zur Exceptio als Theil der Formel, und fassen noch den Umfang ihrer Anwendbarkeit ins Auge. Aus der früheren Untersuchung ergiebt sich: eine Exceptio wird dann nothwendig für den Beklagten, wenn der Einwand, den er gegen die Klage macht, nicht schon der Intentio selbst widerspricht, also wenn beides, der Einwand und die Intentio, neben einander richtig sein kann. Die Nothwendigkeit der Exceptio wird daher nach der Beschaffenheit der Intentio häufiger oder seltner eintreten. Je bestimmter und specieller die Intentio ist, desto weniger Raum giebt sie selbst einer Vertheidigung des Beklagten, desto öfter wird die Behauptung einer Befreiung von dem Anspruch des Klägers außerhalb derselben liegen, und daher, um sich geltend zu machen, einen besondern Zusatz, eine förmliche Exceptio fordern.

Bei den bonae fidei iudicia geht die Intention auf das, was der Beklagte ex fide bona schuldig ist, jeder Einwand daher, welcher darauf hinausläuft, der Kläger habe contra bonam fidem gehandelt oder handele jetzt so, er fordere dolose, ist hier processualisch als eine Negation zu behandeln, es bedarf keiner besondern Exceptio; schon vermöge der allgemeinen Condemnationsbedingung, die in der Intentio liegt, darf der Richter den Beklagten nicht condemniren, so weit die erhobene Forderung nicht der bona fides gemäß ist. Jeder Einwand also, der als doli exceptio gefaßt werden könnte, liegt hier schon in der Fassung der Intentio: doli exceptio bonae fidei iudiciis inest.[s]) Damit fiel eine beträchtliche Anzahl von Exceptionen bei den b. f. iudicia weg.[t]) Aber es fehlt doch nicht an solchen, die auch hier in die Formel gesetzt werden mußten, wenn der Beklagte vor dem Richter sich darauf berufen wollte. Dieß sind alle die, von denen man nicht sagen kann, daß sie auf aequitas (Note l) und bona fides beruhen, wie die exceptiones procuratoriae und cognitoriae, rei iudicatae, S. C. velleiani (wenn sich die Frau z. B. durch Mandat verbürgt hat), überhaupt wo einem Schuldner Befreiung ope exceptionis durch eine positive Vorschrift gegeben ist, die sich keineswegs aus der Natur des

---

r) Savigny System § 227. — Es wird davon noch an einem andern Ort, bei der Aufhebung der Obligationen, die Rede sein.

s) L. 21 D. sol. matr. (24, 3) Fragm. vat. 94. L. 84 § 5 D. de leg. I (30) vgl. Note k.

t) Wenn Exceptionen jener Art bei Obligationen, aus denen b. f. actiones entspringen, erwähnt werden, so kann darunter der Stoff der Exceptio gemeint sein, die Exceptio im materiellen Sinn, von der natürlich auch hier gesprochen werden kann (von einem Kauf, bei dem der Verkäufer betrüglich gehandelt hat, kann man eben so wenig als von einer Stipulation — s. oben — sagen, es sei gar kein Kauf, also ist der Einwand des Betrugs eine Exceptio im materiellen Sinn, nur bildet dieser Einwand nicht einen besonderen Theil der Formel, ist keine exceptio im processualischen Sinn, sondern liegt in den Worten ex fide bona). Nun kommt es aber vor, daß in einem solchen Zusammenhang sogar die processualische Fassung erwähnt wird, wodurch jene Erklärung wegfällt, z. B. L. 25 D. de act. emti (19, 1): qui pendentem vindemiam emit, si uvam legere prohibeatur a venditore, adversus eum petentem pretium exceptione uti poterit: *si ea pecunia qua de agitur non pro ea re petitur, quae venit neque tradita est* (die s. g. exc. non adimpleti contractus der Neueren). Aber hier ist es nicht die actio venditi (wie Zimmern § 93 glaubt), gegen die diese Exceptio gegeben wird (man braucht sich nur die Formel dieser Klage mit ihrer Demonstratio oder Intentio zu denken, um sich davon zu überzeugen), sondern die Klage aus der über den Kaufpreis üblicher Weise noch besonders abgeschlossenen Stipulation, also die condictio certi. Eben so giebt Gaius (IV 126) als Beispiel derselben Exceptio den Fall, wo auf den Kaufpreis der Argentarius klagte, dem er (für den eigentlichen Verkäufer) versprochen worden ist, die Klage ist die Condictio aus dem Literalcontract.

Schuldverhältnisses und der dabei in Anspruch genommenen gegenseitigen Billigkeit und Redlichkeit ableitet.

Die arbitrariae formulae enthalten zwei Bedingungen der Condemnation: 1) die Intentio, z. B. si paret rem actoris esse, 2) das Arbitrium, z. B. *neque* arbitratu iudicis restituetur. Nach der ersten soll der Richter condemniren, wenn die Sache z. B. Eigenthum des Klägers ist, die Fassung der Intentio schützt den Beklagten, wenn er behauptet, der Kläger sei nicht oder jetzt nicht mehr Eigenthümer (natürlich die Wahrheit dieser Behauptung vorausgesetzt), nicht aber, wenn er bloß einen Umstand anführen kann, der dieses Eigenthum ihm gegenüber unwirksam macht, z. B. daß der Kläger ihm den Sclaven verkauft und tradirt habe (exceptio rei venditae et traditae, s. unten § 236 bei Note u), ein solcher Einwand muß daher (wenn wir noch bloß auf die Intentio sehen) als Exceptio in die Formel gesetzt werden. Nach der zweiten Bedingung aber soll der Richter überdieß nur dann condemniren, wenn der Beklagte nicht seinem Arbitrium gemäß restituirt (oder exhibirt); kann der Beklagte eine Befreiung von dieser Restitutionspflicht anführen, die der Richter für gerecht halten muß, z. B. die Sache ist ohne seine Schuld untergegangen, oder er hat vermöge eines Pachtcontracts mit dem Kläger, oder als Pfandgläubiger das Recht zu besitzen, so bedarf es für diese Vertheidigung keines besonderen Zusatzes zur Formel, sie liegt schon in dem arbitratu iudicis. Von den Einreden gegen die Intentio gilt dieß nicht, daher die arbitrariae actiones nicht vollständig in dieser Hinsicht den bonae fidei actiones gleichstehen, und so werden denn solche Exceptionen in der That bei jenen Klagen, und zwar so erwähnt, daß die processualische Exceptio (Theil der Formel) gemeint ist.[u])

Bei den in factum actiones hängt es von der Fassung der Designatio, die hier als Intentio gilt, ab, in welchem Umfang Exceptionen in der Formel nöthig werden. Die Behauptung, daß jene Klagen in dieser Hinsicht wie bonae fidei actiones behandelt würden,[v]) ist, so viel ich einsehe, nicht zu begründen.

Allerdings aber kann, auch ohne daß die Formel auf bona fides gestellt ist, der Zusatz einer Exceptio unnöthig werden. Dieß ist der Fall, wenn die Forderung einen rein natürlichen Grund, z. B. die Bereicherung hat, überhaupt wenn sie auf der Billigkeit beruht, die den Prätor vermocht hat, eine Klage daraus zu geben; hier wird durch jeden Umstand, der sie als unbillig erscheinen läßt, die Intention selbst zerstört, in der jenes Fundament stillschweigend gedacht wird, ohne daß es einer besonderen Exceptio bedarf.[w])

Man ist aber späterhin in der Begünstigung der Exceptionen sehr weit gegangen, zwar nicht durch Ausdehnung der Möglichkeit, sie ohne Aufnahme in die Formel vor dem Judex vorzubringen, in dieser Beziehung blieb es bei den vorgetragenen Grundsätzen, aber durch die allgemeine Zusage der in in-

---

u) Bei der exceptio rei venditae et traditae könnte man denken, es werde dabei die Klage per sponsionem (die nicht arbitraria war) vorausgesetzt (§ 168), obwohl dieß nach den Stellen, worin sie erwähnt wird, nicht wahrscheinlich ist. Aber das im Text vorgetragene wird außer Zweifel gesetzt durch die exceptio dominii, die gegen die Publiciana gegeben wird. L. 17 D. de public. act. (6, 2): Publiciana actio non ideo comparata est, ut res domino auferatur, eiusque rei argumentum est primo aequitas, deinde exceptio *si ea res possessoris non sit* —.

v) Savigny System V § 225 Note l und sonst. Vgl. oben § 165 bei Note eee.

w) Dieß ist der Sinn von L. 95 § 4 D. de solut. (46, 3): Naturalis obligatio ut pecuniae numeratione, ita iusto pacto vel iureiurando ipso iure tollitur, quod vinculum aequitatis, quo solo sustinebatur conventionis aequitate dissolvitur, ideoque fideiussor, quem pupillus dedit (der Pupill haftet in quantum locupletior est), ex istis causis liberari dicitur.

tegrum restitutio, wenn eine peremtorische Exceptio in die Formel setzen zu lassen von dem Beklagten versäumt worden ist, bei dilatorischen wurde dieses Nachholen nur unter den sonstigen Voraussetzungen der Restitution zugelassen.[x])

Die Exceptio ist ein Angriff auf die Klage, der eine Vertheidigung des Klägers hervorruft. Diese kann eine Negation des von dem Excipienten behaupteten Umstands (z. B. des pactum, des dolus) sein, hier bedarf es keines weiteren Zusatzes in der Formel; ein solcher wird aber nöthig, wenn er sich durch eine weitere Thatsache vertheidigt, welche der Exceptio ihre Wirkung entzieht, auch wenn der Umstand, welcher ihr zu Grunde liegt, seine Richtigkeit hätte, z. B. gegen die exceptio pacti de non petendo wird angeführt, daß später ein pactum de petendo abgeschlossen worden sei.[y]) Diese Gegeneinrede heißt replicatio, sie wird als eine Bedingung der Condemnation gefaßt, welche die in der exceptio liegende Bedingung auflöst, wie daher die Exceptio negativ, so wird die Replik positiv concipirt und in der in der Exceptio enthaltenen Bedingung alternativ beigefügt, z. B. si inter A. A. et N. N. non convenit, ne ea pecunia peteretur (Exceptio), *aut si* postea convenit, ut eam pecuniam petere liceret (Replik).[z]) Die Replicatio ist der Exceptio ganz analog und wird darum auch selbst exceptio genannt,[aa]) sie ist eine exceptio exceptionis,[bb]) und darin liegt zugleich, daß sie stets eine exceptio des Beklagten voraussetzt, gegen eine bloße Negation ist sie nicht denkbar.[cc])

Der Gebrauch der Replicationen hängt zugleich von der Fassung der Exceptionen ab, die Replicatio (als Theil der Formel) wird meist unnöthig, wenn die Exceptio nicht in factum ist. So liegt in der Fassung der generellen doli exceptio: si in ea re nihil dolo malo actoris fiat, schon von selbst die Anweisung, jede Vertheidigung des Klägers zu berücksichtigen, welche den Erfolg hat, zu zeigen, daß er nicht dolo fordere, z. B. daß das Pactum, welches zur exceptio doli Veranlassung gegeben hat, durch ein zweites Pactum unwirksam

---

x) Gai. IV 125. Für die peremtorischen nämlich erklärt das edictum perpetuum die Statthaftigkeit der Restitution allgemein (ohne causae cognitio L. 2 C. sent. resc. non p. 7, 50). — Nicht hierher gehört der Vorzug gewisser Einreden, namentlich der exceptio S. C. macedoniani und velleiani, daß sie, wenn sie versäumt sind und der Beklagte condemnirt worden ist, noch gegen die actio iudicati vorgeschützt werden können L. 11 D. de S. C. maced. (14, 6). Denn dieses Privilegium besteht darin, daß sie gegen eine Klage zugelassen werden, gegen die sie an sich nicht stattfinden würden (da die erste an sich nur gegen die Darlehnsklage, die zweite gegen die aus der Intercession gegeben ist).

y) L. 27 § 2 D. de pact. (2, 14): Pactus ne peteret, postea convenit, ut peteret; prius pactum per posterius elidetur, non quidem ipso iure, sicut tollitur stipulatio per stipulationem, si hoc actum est (bei der Novation), quia in stipulationibus ius continetur, in pactis factum versatur.

z) Gai. IV 126. L. 154 D. de R. I. (50. 17) u. a. Vgl. Keller über Litis Contestation S. 339 f. Savigny System V S. 191. [Huschke Zeitschr. f. g. R. W. XIII S. 318—320.]

aa) L. 2 § 1 D. de except. (44, 1).

bb) L. 22 eod. [Daraus erklärt sich auch die hin und wieder vorkommende negative Formulirung der Replicatio, z. B. Gai. IV 126 si non postea convenerit, ut eam pecuniam petere liceret, L. 24 D. de exc. rei iud. (44, 2) adversus exceptionem, si non eius sit res, replicatione hac adiuvabitur: at si res iudicata non sit. R.]

cc) [L. 10 C. de exc. (8, 35) non exceptionibus actores, quibus reis, auxilium tribuitur certis ex causis, sed replicationibus suam intentionem *si quam habeant*, muniant. Wenn der Verpfänder der hypothecaria gegenüber das in bonis zur Zeit der Verpfändung läugnet, so wird nicht durch eine Replicatio Doli geholfen, sondern eine modificirte Klage (eamque rem *postea* in bonis debitoris esse coepisse) gegeben. L. 5 C. si al. res (8, 15), Zeitschr. für gesch. Rechtswiss. XIII S. 234. R.]

gemacht sei. Es gilt hier von den Replicationen gegenüber der doli exceptio dasselbe, was von der exceptio doli gegenüber den bonae fidei actiones.[dd])

Gegen die Replicatio ist auf dieselbe Weise eine Duplicatio für den Beklagten, gegen diese wieder eine Triplicatio für den Kläger möglich u. s. f.[ee])

CLXXI. In ältester Zeit erhielten manche Einreden eine besondere Form, sie wurden nicht der Formel in der oben beschriebenen Weise eingefügt, sondern vorausgeschrieben, und hießen daher praescriptiones (pro reo im Gegensatz gegen die pro actore § 164), z. B. ea res agatur si in ea re, qua de agitur, praeiudicium hereditati non fiat. Diese Form war dann ganz entsprechend, wenn die Einrede darauf berechnet war, den Proceß selbst als unstatthaft darzustellen; der Ort, den sie hier einnahm, enthielt für den Richter die Anweisung, vor allem über die Begründung der Einrede zu urtheilen, und nur wenn er sie nicht gegründet fand, die übrige Formel als gegeben zu betrachten. War sie gegründet, so wurde nicht etwa der Beklagte absolvirt, sondern es wurde überhaupt keine Sentenz gesprochen; es wird dadurch die Deductio der Sache in iudicium verhindert, und darin besteht der wichtige Unterschied dieser Präscriptionen von den Exceptionen, auch den dilatorischen (§ 170 Note f).

Zu diesen Einreden gehören vor allem die, welche unter den Begriff der praeiudicia fallen. So heißt nämlich die Ablehnung der gegenwärtigen Verhandlung der von dem Gegner angebrachten Klage aus dem Grund, weil ein anderer Proceß, auf den der beabsichtigte sonst einen nachtheiligen und ungehörigen Einfluß üben würde, zuvor zur Verhandlung gebracht und entschieden werden müsse.[a]) Dieß setzt voraus, daß in beiden Processen dieselbe Thatsache zur Entscheidung kommt,[b]) und daß der andere die causa maior ist.[c]) Diese Eigenschaft der causa maior kann er haben 1) durch die höhere Stellung des Gerichts, welches ihn zu entscheiden hat;[d]) 2) durch die größere Importanz

---

dd) So auch bei anderen Exceptionen, die nicht in factum sind. Wenn der Kläger aus einer Schenkung zu den von der Lex Cincia ausgenommenen Personen gehört, so bedarf er gegen die exceptio legis cinciae keiner besonderen Replicatio, denn der Richter untersucht vermöge der Exceptio, ob die Schenkung contra legem cinciam sei, und das ist dort nicht der Fall. Anders, wenn der Beklagte sie in factum hat fassen lassen (Note g); der Richter untersucht hier nur, ob eine donatio zu Grunde liege, er würde den Beklagten absolviren müssen, wenn der Kläger nicht die Replicatio hinzufügen ließe: aut si ex iis personis sit, quae lege cincia excipiuntur.

ee) Gai. IV 129: quarum omnium adiectionum usum interdum etiam ulterius quam diximus, varietas negotiorum introduxit L. 2 § 3 D. de except. (44, 1). — Was im Text duplicatio genannt worden ist, haben manche römische Juristen triplicatio genannt L. 7 § 1 D. de cur. furios. (27, 10) L. 2 § 3 D. de except. (44, 1), vgl. Savigny System V S. 193, ohne Zweifel, weil sie die dritte *adiectio* ist (exceptio die erste, replicatio die zweite), nach dem obigen Sprachgebrauch heißt triplicatio der dritte Satz des Klägers, wie duplicatio der zweite des Beklagten. [Die Fassung betreffend, wurde die duplicatio mit ac und in negativer Form, die triplicatio mit aut in positiver der replicatio angeschlossen. R.]

a) [Das bedeutende Gewicht, welches man auf Präjudizien legte (Plin. ep. V. I. orabat, ut se praeiudicio adiuvarem, Quintil. V 2 Cic. Div. Verr. c. 4 Pseudo-Ascon. ad h. l. § 12 p. 104 Orelli) steht mit der S. 246 ff. erwähnten Einrichtung des römischen Gerichtswesens im Zusammenhang. Aus ihm erklärt sich die Aeußerung des P. Syrus 248. 249 Grave iudicium est, quod praeiudicium non habet. Grave praeiudicium est, quod iudicium non habet. R.]

b) L. 21 D. de except. (44, 1). *c*) L. 54 D. de iudic. (5, 1).

d) [So ist 1) die Centumviralsache causa maior gegenüber den Klagen vor Privatrichtern, L. 12 pr. C. de pet. hered. (3, 31) *magnitudo* et auctoritas centumviralis iudicii non patiebatur, per alios tramites viam hereditatis petitionis infringi, 2) das Volksgericht das höhere im Verhältniß zu Recuperatoren, Cic. de inv. II 20 non enim oportet in recuperatorio iudicio eius maleficii, de quo inter sicarios quaeritur, praeiudicium fieri; in Verr. II

seines Gegenstandes, sei es, daß er einen höheren Vermögenswerth hat, oder sonst von höherem Belang ist;[e] sodann aber auch 3) durch die Art, wie die Frage in beiden Processen vorkommt, der, in welchem sie nur als Incidentpunkt vorkommt, ist die causa minor, welcher daher das Präjudicium entgegensteht.[f] Die Präscriptio hat hier die Bedeutung einer Anweisung an den Richter, die Formel nicht eher als gegeben zu betrachten, als bis das darin angezeigte Hinderniß gehoben ist, dessen jetzige Existenz der Prätor durch die Verleihung der Präscriptio anerkannt hat.

Ein anderer Fall der praescriptio war der Einwand der Incompetenz des Gerichts, welcher daher praescriptio fori heißt,[g] ein dritter der Einwand, daß die Klage verjährt sei, praescriptio temporis. Auch bei der exceptio rei iudicatae scheint dasselbe anzudeuten der Name praescriptio, der für sie vorkommt,[h] in Verbindung mit dem Umstand, daß es sich auch hier um eine Frage

---

3, 65. L. 7 § 1 D. de iniur. (47, 10), 3) die Cognition des Princeps ist das maius iudicium gegenüber dem des Senats, Plin. ep. VII 6 postulavitque, ne cognitioni Caesaris praeiudicium fieret. — Consules, ut Polyaenus postulaverat, omnia integra principi servaverunt, 4) die nach Rom gehörige Sache gegenüber der Municipaljurisdiction L. 104. 106 D. de R. I. (50, 17) L. 4. 5 pr. 6 pr. D. de V. S. (50, 16) L. 36 D. de O. et A. (44, 7) aus Ulpian lib. 2 ad edictum, vgl. lex rubria c. 21, Isidor. 15, 2 Municipium = quod tantum munia, id est tributa debita reddant. Nam liberales et famosissimae causae et quae ex principe proficiscuntur, ibi non aguntur. R.]

e) So ist die Sache, bei der es sich um das öffentliche Interesse (Staatsgut, Criminalstrafe ꝛc.) handelt, die res maior gegenüber dem bloßen Privatinteresse, L. 35 D. de iure fisci (49, 14) L. 4 D. de publ. iud. (48, 1); wo es sich um eine Strafe handelt, hängt es zuweilen von dem Beklagten ab, ob er von dem Präjudicium Gebrauch machen will, regelmäßig aber liegt es im officium ius dicentis, zu verhüten, daß dem Criminalverfahren nicht präjudicirt werde. — Ferner kann auch hierher angewendet werden L. 104 D. de R. I. (50, 17): si in duabus actionibus alibi summa maior, alibi infamia est, praeponenda est causa existimationis. Ubi autem aequiparant famosa iudicia, et si summam imparem habent, pro paribus accipienda sunt.

f) So die von dem angeblichen Eigenthümer des Grundstücks angestellte condictio auf die von dem Besitzer gezogenen Früchte, oder die Klage wegen einer Servitut gegenüber dem Proceß über das Eigenthum des Grundstücks L. 16. 18 D. de except. (44, 1), ferner die Klage auf Theilung der angeblich gemeinschaftlichen Sache oder Erbschaft gegenüber dem Proceß über das Eigenthum oder Erbrecht L. 18 cit. L. 1 § 1 D. fam. erc. (10, 2). Aus demselben Grund ist der Rechtsstreit über die Freiheit, die Ingenuität, die Kindschaft die res maior gegenüber dem über die Erbschaft oder andern, auf welche jener Status Einfluß hat Cod. VII 19: de ordine cognitionum L. 2 C. de ordine iudic. (3, 8), ferner der Erbschaftsstreit gegenüber den Klagen, die gegen den Erben als solchen angestellt werden L. 12 pr. C. de H. P. (3, 31). [Planck die Mehrheit der Rechtsstreitigkeiten (1844) § 22. 54 versucht wenigstens für das ältere Recht dieses dritte Princip auf das zweite zurückzuführen, allein das Miteigenthum ist gewiß kein erheblicheres Object, als die Theilung, dennoch steht der Theilungsklage die exceptio: quod praeiudicium fundo partive non fiat entgegen. R.]

g) L. 7 pr. D. qui satisd. c. (2, 8) L. 50 in f. L. 52 § 3 D. de iudic. (5, 1).

h) Z. B. L. 11 D. de except. (44, 1) L. 29 D. de exc. rei iud. (44, 2). [Auf die praescriptio rei iudicatae bezieht sich auch Cic. de fin. V 26: Quae cum Zeno didicisset a nostris, ut in actionibus praescribi solet, de eadem re fecit (l. egit) alio modo, welche letztern Worte ausdrücken, was Zeno gethan hat, nicht, wie die Herausgeber anzunehmen pflegen, eine Formel enthalten: ferner ep. ad Ser. Sulpicium XIII 27: Licet eodem exemplo saepius tibi huius generis litteras mittam, sed tamen non parcam operae et ut vos soletis in formulis hic ego in epistolis de eadem re alio modo. Vgl. L. 7 § 4 D. de exc. rei iud. (44, 2) § 175 ee: — exceptio rei iudicatae obstat, quotiens — eadem quaestio revocatur, vel alio genere iudicii. — Als exceptio gefaßt lautete die Einrede ganz anders; die Worte quod non sit petitum L. 20 D. de exc. rei iudic. (44, 2) oder at si ea res iudicata non sit inter me et eum L. 9 § 3 eodem, oder quod res iudicata sit inter me et te L. 11 § 3 eodem, enthalten jedoch nicht die Exceptio selbst, sondern nur die Behauptung, welche ihr als Grundlage dient. Vgl. Cic. de or. I 37 quod ea res in iudicium antea venisset, Savigny System § 226 Note a; Huschke Zeitschr. f. g. R. W. XIII S. 318. 320. — Neuerdings

handelte, deren Bejahung die weitere Verhandlung ausschloß, und in der That schon die Anhängigmachung des neuen Processes unstatthaft machte.[i]) Denn das ist eben die Bedeutung der Präscriptio, daß dadurch die Wirkung der ganzen übrigen Formel von dem Einwand abhängig gemacht wird.

Die praescriptio wird schon von Gaius (IV 133) als ein antiquirtes Institut erwähnt, er bemerkt, daß diese Einreden nunmehr als exceptiones behandelt würden: ja diese Behandlung findet sich schon bei Cicero.[k]) Man hat dieß für eine bloß äußerliche Veränderung, die auf ihre rechtliche Natur keinen Einfluß gehabt hätte, gehalten,[l]) so daß die älteren Prätoren willkürlich gewisse Exceptionen vorangeschrieben, die späteren es für bequemer oder für eine bessere Stylisirung der Formel gehalten hätten, wenn alle Einreden beisammen stünden, ohne daß die eine oder die andere Methode den Einreden einen andern Charakter gegeben hätte. Ich halte dieß für eine von vornherein unwahrscheinliche Ansicht der Sache. In der That war jenes eine Veränderung von materieller Wichtigkeit. Sie bestand darin, daß nun die Präscriptionen mit der Form auch die Wirkung der Exceptiones erhalten hätten. Steht daher der Kläger, dem eine solche Einrede entgegengesetzt wird, nicht ab, und läßt die Formel concipiren, so wird die Sache in iudicium deducirt, und der Beklagte, wenn die Einrede richtig befunden wird, absolvirt.[m]) Dieß war denn auch ohne Zweifel der proceßpolitische Grund, aus welchem die Präscriptionen, bei denen der Kläger durch seine Hartnäckigkeit nichts wagte, abgeschafft wurden.[n]) Dagegen wurden die Präjudicien, bei denen diese Verschiedenheit der Wirkung zwischen Präscriptionen und Exceptionen vornehmlich zur Sprache kam, auf den Fall beschränkt, wenn das Judicium, auf welches verwiesen wurde, noch nicht anhängig gemacht war, bloß darum, daß es noch nicht entschieden ist, kann die Einrede der minor causa nicht entgegengestellt werden.[o]) Der Name prae-

---

erklärt Savigny a. a. O. VI (1847) S. 524 die praescriptio de eadem re alio modo für eine praescriptio pro actore, die der exc. rei iudicatae begegnen sollte, welche aus der Abweisung einer speciellen causa entnommen werden könnte, wenn der Kläger seinen Anspruch ohne Angabe eines Grundes erneuert. In diesem Fall hat jedoch der Kläger die Einrede weder zu fürchten, noch würde er ihrer falschen Anwendung durch ein Mittel begegnen können, welches ihm die übrigen causae für die Zukunft offen erhält: zu jenem Zweck würde nur eine replicatio brauchbar sein. R.]

i) [Dasselbe gilt von der Einrede des Vergleichs. Sie kommt als exceptio gegen die Klage aus dem Vadimonium vor: L. 2 pr. D. si quis caut. (2, 11) L. 2 D. de transact. (2, 15): aber auch als praescriptio L. 9 pr. eodem. R.]

k) [Cic. de inv. II 20 postulat is, quicum agitur (iniuriarum), a praetore *exceptionem: extra quam si in reum capitis praeiudicium fiat.* Hic is, qui agit, iudicium purum postulat: ille, quicum agitur, *exceptionem* addi, ait, oportere. Quaestio est, *excipiendum* sit an non? Folgen die Worte Note d. Dernburg Verh. der her. per. S. 38 wiederholt mit Recht den schon früher erhobenen Einwand, daß sich hiernach keine Zeit mehr denken lasse, in welcher die Präjudicialeinreden praescriptiones gewesen wären. Allein sein Ausweg, nur die Einrede ne hereditati praeiudicium fiat für eine Präscriptio, die übrigen Präjudicialeinreden aber als Exceptionen anzuerkennen, ist unnöthig, weil Cicero nicht den Gegensatz von Präscriptio und Exceptio; sondern nur den eines Judicium mit und ohne Zusatz vor Augen hat. R.]

l) Savigny System V S. 164 f. 176 f.

m) Dieß sagt auch L. 5 C. de pignor. (8, 13).

n) [Man hat eingewendet, dieß wäre ein Rückschritt von der Milde zur Strenge gewesen (Planck Mehrheit der Rechtsstr. S. 8 Anm. 5. Dernburg Verh. der hereditatis petitio S. 46). Es fragt sich aber, ob nicht schon vor Umwandlung der Präscriptio in eine Exceptio die Consumtion der Actio dennoch eintrat und nur der Judex nicht weiter fungirte: Keller Civilproceß § 43. R. — Dagegen wieder Bekker Actionen I S. 270].

o) L. 13 D. de except. (44, 1): Futuri enim iudicii, non facti nomine huiusmodi exceptiones comparatae sunt. [Daher auch das Präsens quod praeiudicium *non fiat*. R.]

scriptiones ist übrigens für solche Einreden, die es früher waren, noch immer in theilweisem Gebrauch geblieben, und überhaupt für die Einreden angewendet worden, welche eine Entscheidung für die angebrachte Klage, ohne auf die Begründung dieser einzugehen, veranlassen können.[p]

c. Litis Contestatio.

CLXII. Das Verfahren in iure hat durchaus nur den Charakter einer Vorbereitung für die eigentlichen materiell wesentlichen Momente des Rechtsstreits: Untersuchung und Urtheil. Der Rechtsstreit, lis,[a] wird so wenig durch jenes Verfahren ganz oder auch nur theilweise erledigt, daß es vielmehr nur bestimmt ist, ihn zu förmlicher Existenz zu bringen, und dem bisher factisch bestehenden Streit die rechtliche Form zu geben.

Das Resultat der Thätigkeit des Magistrats wird daher mit den Worten bezeichnet: lis ordinata, iudicium ordinatum;[b] in dem Formularproceß heißt es von dem Magistrat: dat iudicium, von den Parteien: accipiunt iudicium, und jene Bedeutung des Abschlusses der Verhandlungen in iure drückt sich in den Worten aus: lis inchoata est, [c] von der Rechtssache wird gesagt: res in iudicium deducta est.

Es ist hier der Ort, die Wirkungen dieser Anhängigmachung und rechtlichen Ordination des Streits anzugeben.[d] Im allgemeinen folgen sie aus der Natur der Sache, der Grundgedanke derselben muß sich in jeder Ordnung des Verfahrens finden, nur seine strenge und consequente Ausbildung und Durchführung, und die besondere juristische Gestaltung kann das besondere Eigenthum des römischen Proceßrechts, und hier wieder nach der Verschiedenheit des Verfahrens verschieden sein.

Der Zweck des Processes ist, das unter den Parteien bestrittene Rechtsverhältniß zur rechtlichen Entscheidung zu bringen. Dieß schließt von selbst in sich, daß die Parteien ihre Ansprüche, soweit dieselben in iudicium deducirt

---

Nur ist in diesem Fall ohne eigentliche Präscriptio doch eine ihr analoge Wirkung, nämlich die Anweisung an den Richter, mit der Verhandlung bis zur Entscheidung der maior causa Einhalt zu thun, beibehalten worden L. 24 § 3. 4 D. de lib. causa (40, 12).

p) [Dernburg a. a. O. S. 44, der nur die Einrede ne praeiudicium hereditati fiat als eine Präscriptio anerkennt, leugnet für diese Kompetenz-, Legitimations-, Verjährungs- und sonstigen dilatorischen Einreden oder Translationen jede Beziehung auf die Formel. Woher wäre aber der Name praescriptio entstanden, wenn nicht daher, daß im ordo iudiciorum diese Bedingungen des Judiciums, wenn es an Zeit fehlte, sie, wie es sich eigentlich gehörte, in iure abzuthun, als Vorfragen dem Judex überwiesen wurden. Vgl. Cic. or. part. c. 28 ante iudicium de constituendo ipso iudicio solet esse contentio, cum aut, sitne actio illi qui agit, aut iamne sit, aut num iam esse desierit, aut illane lege hisne verbis sit actio, quaeritur. Quae etiamsi ante quam res in iudicium venit, confecta non sunt, tamen in ipsis iudiciis permagnum saepe habent pondus cet. Quintil. inst. or. VII 5 n. 2. 3. cum ex praescriptione lis pendet, de ipsa re quaerere non est necesse. R.]

a) [Varro de ling. lat. VIII 93 quibus res erat in controversia, ea vocabatur lis in actionibus (den Legis Actiones, vielleicht bei den praedes litis vindiciarum, Gai. IV 16) videmus dici: quam rem sive mi litem dicere oportet. Vgl. Cic. pro Mur. c. 12. R.]

b) Noch die römischen Juristen gebrauchen diesen Ausdruck vornehmlich in Fällen, wo die legis actio sich am längsten erhielt, bei den Decemviral- und Centumviralsachen, vgl. die Stellen bei Brissonius v. ordinare.

c) S. z. B. L. 26 D. de O. et A. (44, 7) L. 44 pr. D. de iudic. (5, 1).

d) Keller über die Litiscontestation und Urtheil nach classischem R. R. 1827. [Savigny System IV § 256 ff. Bekker die processualische Consumption im classischen R. R. 1853 und Actionen I (1871) S. 317 ff., Krüger Processualische Consumption und Rechtskraft des Erkenntnisses. 1864, Bethmann-Hollweg Civilproceß II (1865) § 103].

werden, von dem Erfolg der gerichtlichen Verhandlungen abhängig machen; an die Stelle ihres bisherigen (bestrittenen) Verhältnisses tritt das Proceßverhältniß und das, was es in seinen nothwendigen Folgen daraus machen wird. Daraus ergiebt sich, daß die lis inchoata folgende Wirkung hat:

1) Consumtion des Klagrechts; die Klage kann nicht mehr angestellt werden, weil sie von diesem Proceß abhängig gemacht ist. Diese Wirkung trat ipso iure ein bei den Legis Actiones,[e]) eben so in dem Formularproceß bei einem legitimum iudicium (§ 159) in personam mit einer formula in ius concepta, in allen andern Fällen, also namentlich bei allen in rem und in factum actiones hat der Beklagte gegen den Kläger, der die Klage wiederholen will, die exceptio rei in iudicium deductae (an deren Stelle, wenn sogar das Urtheil schon erfolgt ist, und nach diesem der Kläger seine Klage noch einmal anstellen will, die exceptio rei iudicatae tritt, § 175).[f]) Eine andere Frage ist, ob es nicht doch dem Kläger möglich ist, die Klage ohne Präjudiz für ihre künftige Anstellung nach der lis ordinata fallen zu lassen, oder sonst jene Wirkung der Comsumtion zu vermeiden? Dieß ist möglich auf dem Wege der in integrum restitutio, wodurch die Anstellung der Klage rescindirt, und der Kläger in die Lage versetzt wird, wie wenn er die Sache noch nicht in iudicium deducirt hätte,[g]) in den Fällen, wo die Consumtion des Klagrechts durch exceptio rei in iudicium deductae geltend gemacht wird, konnte der Kläger unter Umständen sich gegen ihre Wirkung mit einer replica doli helfen.[h])

2) Verpflichtung zu dem, was das Iudicium und sein Ausgang aus dem bestrittenen Rechtsverhältniß machen wird, endige es durch Condemnation oder Absolution des Beklagten. Das bestrittene Rechtsverhältniß löst sich in einen Anspruch auf Condemnation von Seiten des Klägers, auf Absolution von Seiten des Beklagten auf. Jener Anspruch auf Condemnation hängt natürlich von den Voraussetzungen (si paret u. s. f.) ab, an welche in der Formel die Anweisung an den Richter zu condemniren gebunden ist. Wo diese Voraussetzung (si paret N. N. A. A. dare oder dare facere oportere, — si paret rem A. A. esse) wörtlich genommen wird, ist sie von der gegenwärtigen Zeit: der lis ordinata, zu verstehen, so daß es nur darauf ankommt, ob die Intentio zu dieser Zeit begründet war oder nicht, eine spätere Veränderung darin (z. B. Verlust des Eigenthums post iudicium acceptum) das Urtheil nicht alterirt.

---

e) Gai. IV 108: — qua de re semel actum erat, de ea postea ipso iure agi non poterat —. [Donat. ad Terent. Andr. III 1, 7 Actum est: haec res secundum ius civile dicitur: in quo cavetur, ne quis rem actam apud iudices repetat. Ad. II 2, 24. Actum agam: proverbium, id est nihil agam. quod enim in iure semel iudicatum fuerit, rescindi et iterum agi non potest. Sic in Phormione (II 2, 72) ne actum agas aiunt. Cic. de am. 22 acta agimus, quod vetamur veteri proverbio. R.]

f) Gai. IV 106. 107. III 181. Cic. de orat. I 37: ut — petitor rursus quum peteret, ne exceptione excluderetur: quod ea res in iudicium antea venisset. Im justinianischen Recht kommt diese exceptio nicht vor: so ist sie in L. 14 § 13 D. quod metus (4, 2 durch Interpolation (exc. *in factum*) entfernt.

g) Ulpian nach Proculus und Celsus L. 4 § 5 D. quod cum eo (14, 5). Nach Paulus L. 4 § 3 D. de noxal. act. (9, 4) wäre auch diese Restitution (wie die der Einreden § 170 Note x) ohne causae cognitio geschehen, was mit der Darstellung des Celsus nicht übereinstimmt. Entweder haben wir eine Rechtsänderung zwischen Celsus und Paulus (etwa durch die Redaction des Edicts unter Hadrian) anzunehmen, oder eine Interpolation der letzten Stelle durch die Compilatoren.

h) Z. B. wenn er vermöge Uebereinkunft mit dem Beklagten die Sache hatte ruhen lassen, und in Folge davon oder sonstiger Umtriebe des Beklagten die Proceßverjährung eingetreten war (§ 159).

Wenn daher der Beklagte post iudicium acceptum zahlt, so wird er dadurch von der Condemnation nicht befreit, was er getilgt hat, ist die alte Obligatio, die durch das iudicium ordinatum schon getilgt war (er kann es daher als ohne Grund gegeben zurückfordern), nicht die auf condemnare oportere, die dadurch begründet ist, daß er zu jener Zeit noch Schuldner war, er muß also dessenungeachtet condemnirt werden. Ganz anders bei den bonae fidei iudicia, denn hier ist das Officium Judicis frei von jener wörtlichen Auslegung der Intentio, der Richter hat nur zu condemniren, wenn es der bona fides gemäß ist, und dies ist nicht der Fall, wenn der Kläger noch vor der Sentenz befriedigt wird, eben so bei den arbitrariae actiones, denn hier ist die Voraussetzung der Condemnation, daß der Beklagte nicht noch vor der Sentenz den Kläger arbitrio iudicis befriedigt, thut er dieß, so muß er absolvirt werden (§ 166). Es war aber eine Controverse unter den Schulen: die Sabinianer behaupteten die Nothwendigkeit der Absolution bei allen Processen, omnia iudicia esse absolutoria. Die Proculianer hielten an der obigen Regel fest, mit den angegebenen in der Natur der Sache liegenden Ausnahmen.[i]) Was nun von der Zahlung post iudicium acceptum, das muß um so mehr von einer nachher eingetretenen Befreiung ope exceptionis gelten, z. B. einem Vergleich, der post iudicium acceptum geschlossen ist, und auf den der Richter in einem strictum iudicium schon deswegen keine Rücksicht nehmen kann, weil nichts davon in der Formel steht.[k])

Auch der Gegenstand der Verpflichtung, die durch die Ordinatio Litis entsteht, bestimmt sich durch die Formel, von ihrer Beschaffenheit hängt es ab, ob nach jenem Zeitpunkt eingetretene Thatsachen auf den Gegenstand der Condemnation und seinen Umfang Einfluß haben. Steht eine condemnatio certae pecuniae in der Formel, so kann jene Frage gar nicht entstehen. Außerdem aber ist der Grundsatz allgemein geltend geworden, daß dem Kläger alles das werden müsse, was er bei der Befriedigung zur Zeit der lis ordinata gehabt hätte, so daß also der richterliche Anschlag der Condemnationssumme sich durch nachher eintretende Umstände verändern, z. B. durch die Berücksichtigung der Nutzungen, die der Kläger hätte seit dieser Zeit beziehen können, erhöhen kann. Diese Rücksichtnahme hat bei bonae fidei iudicia und bei arbitraria ohnedieß keinen Anstand, aber auch auf die stricta ist sie angewendet worden.[l])

---

i) Gai. IV 114. Es versteht sich, daß Justinian die Meinung der Sabinianer vorzieht; damals konnte nicht mehr davon die Rede sein, wie der Judex die Formel verstehen müsse, da ihm keine gegeben war § 2 I. de perp. et temp. act. (4, 12). Nach dieser Meinung wird denn auch entschieden in L. 5 pr. de publican. (39, 4). Dagegen scheint es ein Versehen, daß L. 84 D. de V. O. (45, 1) von den Compilatoren aufgenommen ist: Si insulam fieri stipulatus sim et transierit tempus quo potueris facere, quamdiu litem contestatus non sim posse te facientem liberari placet, quod si iam litem contestatus sim, nihil tibi prodesse, si aedifices. Vgl. Savigny System V § 223 Note u. Aber diese Stelle kann von einer Conventionalstrafe verstanden werden, die, wenn keine bestimmte Zeit festgesetzt ist, bis zur Anstellung der Klage soll vermieden werden können.

k) L. 23 § 3 D. de cond. ind. (12, 6), eine Stelle, die durch Interpolation sehr verdorben ist.

l) L. 31 pr. D. de reb. cred. (12, 1) L. 38 § 7 D. de usur. (22, 1). In der letzten Stelle werden Sabinus und Cassius dafür angeführt. — Der Werth des Gegenstandes, den der Richter ästimiren soll, ist dem Princip gemäß nach der Zeit der Litiscontestation zu bemessen, quanti res *est*, d. h. zu der Zeit, wo dieß gesagt ist, die Formel concipirt wird; so ist es in der That bei stricta iudicia, L. 3 § 2 D. commod. (13, 6) L. 37 D. mand. (17, 1) L. 91 § 7 D. de leg. I. (30). Bei arbitrariae actiones muß dieß anders sein, der Werthanschlag ist auf eine künftige Zeit gestellt, er hängt davon ab, daß nicht die Sache selbst arbitratu iudicis restituirt wird, darum werden auch jene Worte so gefaßt: quanti res *erit* (Gai. IV 51). Auch

Endlich werden eben so die Personen, zwischen denen die Verpflichtung aus der Uebernahme des Judiciums besteht, durch die Formel (insonderheit in der Condemnatio) gegeben. Eine Veränderung derselben kann nur durch Mitwirkung des Prätors geschehen, der die Formel in diesem Punkt abändert, dieß heißt translatio iudicii. So wenn der Dominus post acceptum iudicium einen Stellvertreter bestellen, oder statt des bisherigen einen andern ernennen, oder selbst den Proceß übernehmen will. Die Formel ist bei einem Stellvertreter so eingerichtet, daß dieser in die Condemnatio gesetzt wird (§ 166 a. E.), jene Veränderung fordert daher eine Veränderung der Formel, die nur durch den Prätor möglich ist, und von diesem nur nach causae cognitio, also ex iusta causa gewährt wird.[m]) Diese Translatio geschieht auch auf die Erben der Parteien,[n]) bei den Erben des Beklagten auf Antrag des Klägers,[o]) und so auch in anderen Fällen.[p])

Die bisher aufgestellten Sätze sind als Wirkungen des iudicium ordinatum oder acceptum, der lis inchoata bezeichnet worden. Es ist aber um dieser Folgen willen von Wichtigkeit, genau zu bestimmen, wann lis inchoata sei, da dieser Anfang aus einem Complex von Handlungen besteht, die möglicherweise nicht alle an demselben Tag vorgenommen werden. Der Zeitpunkt, wo jene Wirkungen eintreten, läßt sich im allgemeinen so bestimmen: die Aufgabe des Verfahrens in iure ist eben die Ordinatio Judicii, jene Wirkungen also werden in dem Moment eintreten, wo das Verfahren in iure beendigt ist. Wir werden es ganz natürlich finden, wenn dieser Zeitpunkt durch eine förmliche Handlung bezeichnet und constatirt wird, und eine solche kommt nun in der That vor. Die Römer gebrauchen für den Punkt, wo jene Wirkungen eintreten und von dem sie sich ableiten, den Ausdruck Litis Contestatio, dieser schreiben sie die Wirkungen zu, post litem contestatam ist der Sache nach gleichbedeutend mit: post iudicium ordinatum, acceptum, litem inchoatam. Offenbar ist es ein specieller Act, der, wenigstens ursprünglich, mit jenem Wort bezeichnet wird. Von welcher Beschaffenheit ist er?

Wir finden zwei Beschreibungen davon in unsern Quellen, beide sehr unzulänglich, um die Beschaffenheit der Handlung daraus zu entnehmen; die eine, ein Bestandtheil des justinianischen Rechts und ohne Zweifel interpolirt, beschreibt nicht den Act selbst, sondern setzt vielmehr voraus, daß ein solcher besonderer Act nicht mehr üblich, und giebt an, wann die Litiscontestation als

---

bei den bonae fidei iudicia gilt der Grundsatz, daß das tempus rei iudicandae zu beachten sei, L. 3 § 2 cit., und dasselbe ist auch bei in factum actiones durch die Fassung der Condemnation auf quanti res *erit* angenommen worden (Gai. VI 47). Zweifelhaft ist, wie nach allem dem L. 3 D. de cond. tritic. (13, 3) zu verstehen sei, wonach bei der Condictio »condemnationis tempus« zu berücksichtigen sein soll. [Savigny System IV § 275. 276 versteht unter der condemnatio die pars formulae, Huschke Zeitschr. für Civilr. und Proceß XX S. 267 will »contestationis tempus« emendiren. Allein es handelt sich in der Stelle gar nicht um den Gegensatz von Litiscontestation und Urtheil, Anfang und Ende des Processes, sondern die Zeit des Processes, als Ganzes gedacht, wird dem tempus morae und mortis gegenübergestellt, so daß es auf Unterscheidung der einzelnen Proceßstadien nicht weiter ankommt. Eben so wird in L. 3 § 3 D. de act. empti (19, 1) die Zeit vel quo venit vel quo lis in condemnationem deducitur entgegengesetzt, ohne daß es nöthig wäre, diesen Ausdruck gerade speziell auf die Urtheilszeit zu beziehen. R.]

m) L. 16—27. 46 pr. D. de procur. (3, 3).

n) L. 8 § 1 D. de fidei tut. (27, 7) L. 29 D. de op. libert. (38, 1).

o) L. 4 C. de in litem iur. (5, 53).

p) L. 57 D. de iudic. (5, 1) L. 15 D. de noxal. act. (9, 4) L. 24 § 4 D. de lib. causa (40, 12). Vgl. Zimmern Civilproc. § 119 a. E.

geschehen zu betrachten ist,[q]) die andere enthält wenig mehr, als was sich aus dem Wort und aus der Theorie des Instituts selbst ergiebt.[r]) Gewiß ist, daß der Act in einer Zeugenaufrufung bestand, und zwar von Seiten beider Parteien (daher *con*testari); wahrscheinlich, daß er vor Gericht geschah; bestritten ist es, ob er in iure oder in iudicio vorgenommen worden sei.[s]) Wäre das Verfahren in iudicio mit der Litiscontestation eröffnet worden, so müßte sie identisch sein mit der causae coniectio, von der Gaius spricht (IV 15), aber daß diese etwas ganz anderes war, und nicht in einer Zeugenaufrufung bestand, geht aus dieser Stelle selbst klar hervor,[t]) jene Meinung indessen selbst gründet sich nur auf die Note q citirte Stelle, die einmal gerade in den hierher gehörigen Worten wahrscheinlich interpolirt ist, dann aber, wenn dieß nicht der Fall wäre, in der That das Gegentheil enthalten würde, da sie beim Anfang des Judiciums die L. C. als schon geschehen darstellt.

Ueber die Geschichte der Litis Contestatio sind zwei verschiedene Meinungen aufgestellt worden. Nach der einen[u]) ist diese feierliche Handlung ursprünglich für das Verfahren mit Legis Actio entstanden, und vornehmlich dazu bestimmt gewesen, die Verhandlungen in iure, da sie rein mündlich waren, zu constatiren und durch die Zeugen dem Richter eine legale Kenntniß davon zu verschaffen. Im Formularproceß war sie sonach nicht mehr Bedürfniß, sie wurde aber anfangs auf ihn herübergenommen, und erst später kam sie außer Gebrauch, wo dann der Ausdruck, ohne daß damit noch ein specieller Act gemeint war, den Zeitpunkt der Beendigung des Verfahrens in iure, also die Vollziehung dieses Verfahrens vom Standpunkte der Parteien aus bezeichnet. Nach der andern Meinung[v]) gab es zur Zeit der Legis Actiones keine besondere L. C., jene waren vielmehr selbst die Litiscontestation, wenn man so sagen will; sie ist erst für den Formularproceß eingeführt, um der Verhandlung und ihrer Wirkung eine Solennität zu geben, die sie nicht an sich besaß, so daß also die Legis Actio dadurch gleichsam in das Verfahren durch Formulä herübergenommen, nur aber auf eine Schlußhandlung concentrirt ward. — Das Richtige scheint folgendes zu sein. Die L. C. hatte nicht den Zweck, die Kunde des in iure Verhandelten für den Richter zu erhalten, darin liegt der Irrthum jener ersten Ansicht, sondern sie war eine reine Solennität, welche die Beendigung des Verfahrens in iure, die Anhängigkeit des Processes und den Eintritt ihrer Wirkungen bezeichnen sollte. Diese bedeutende Wendung der Sache sollte nicht stillschweigend eintreten, sondern durch einen feierlichen Act markirt werden. Das war dem älteren Rechtsbewußtsein überhaupt gemäß, es hatte aber noch den schon oben angedeuteten Vortheil, daß der Anfangspunkt jener Wirkungen außer allen

---

q) Sever. et Antonin. L. un. C. de litiscont. (3, 9): Res in iudicium deducta non videtur, si tantum postulatio simplex celebrata sit, vel actionis species ante iudicium reo cognita. Inter litem enim contestatam et editam actionem permultum interest. Lis enim tunc contestata videtur, cum iudex per narrationem negotii causam audire coeperit.

r) Paul. Diac. ex Festo: Contestari litem dicuntur duo aut plures adversarii, quod ordinato iudicio utraque pars dicere solet: testes estote.

s) Vgl. über diese Frage Keller Litiscont. § 3—5, der die richtige Beantwortung derselben vollständig gerechtfertigt hat.

t) Eben so aus Gell. V 10: — petere instituit ex pacto mercedem, litem cum Euathlo contestatur et cum ad iudices coniciendae consistendaeque causae gratia venissent —.

u) Keller a. a. O. § 1. [C. Pr. § 59.]

v) Heffter Institut. des röm. und deutschen Civilprocesses (1825) S. 281 f. 295, und vornehmlich Bethmann-Hollweg tübing. krit. Zeitschr. V S. 76. [Vgl. Röm. Civilproceß I S. 178.]

Zweifel gesetzt wurde. Damit fällt aber zugleich jeder Grund weg, diese Solennität für die Zeit des Verfahrens durch Legis Actiones zu leugnen, so wie auf der andern Seite ihrer Uebertragung auf den Formularproceß nichts entgegenstand. Dieß schließt indessen nicht aus, daß sie für diesen letzten eigentlich etwas fremdartiges hat, erst entstanden für ihn wäre der Gebrauch gewiß nicht, daß man eine so ganz und gar nur auf die Sache berechnete und von allen Feierlichkeiten entblößte Verhandlung, wie sie hier vor dem Magistrat stattfand, mit solennen Sprüchen und Zeugenaufrufungen beschlossen hätte. Kein Wunder daher, wenn in der dritten Periode diese antiquitas abkam, und mit Beibehaltung des Ausdrucks litis contestatio zur Bezeichnung der Quelle jener Wirkungen, darunter kein besonderer Act mehr, sondern das Verfahren in iure überhaupt als ein geschlossenes verstanden wurde.[w])

Ueber die Bedeutung der L. C. ist noch eine eigenthümliche Meinung zu erwähnen, der wir eine größere Wichtigkeit als den Differenzen über die so eben berührten Puncte zuschreiben müssen, da sie erheblichere Irrthümer als diese zur Folge haben kann oder muß.

Die Wirkungen der Litiscontestation sind oben so dargestellt worden, daß sie aus der Natur des Processes, aus der Ordination des Judiciums selbst folgen, also von dem Act der Litiscontestation insofern unabhängig sind, als dieser um des angegebenen Zwecks willen hinzukam, und nun freilich wesentlich war, daß aber, auch wenn er nicht in dem römischen Proceßrecht vorkäme, jene Wirkungen doch anerkannt worden wären. Mit einem Wort: die L. C. ist nicht eigentlich die Quelle jener Wirkungen, sondern sie bezeichnet sie nur, sie hat also, wenn man will, einen symbolischen Charakter. Mehrere Gelehrte dagegen verstehen die Wahrheit: jene Momente sind Wirkungen der L. C., also, daß gerade in diesem Act selbst die eigentliche Quelle jener Wirkungen liege. Dieß hat nun darauf geführt, die L. C. als einen Contract zu betrachten, durch welchen die Parteien jene Wirkungen herbeiführen, indem sie sich dadurch verpflichten, ihre Ansprüche von dem Erfolg des Processes abhängig zu machen, dem künftigen Urtheil sich zu unterwerfen, und auf jede sonstige Geltendmachung zu verzichten.[x]) Diese Ansicht der Sache ist, wenn ich nicht irre, schon dadurch ausgeschlossen, daß die Wirkungen, die sie aus einem Vertrag ableiten will, aus der Natur des Processes selbst schon mit Nothwendigkeit sich ergeben, ohne daß wir, auch für die besondere Gestalt, die sie im römischen Proceß angenommen haben, einer weiteren Erklärung dafür bedürfen. Dieser Ursprung derselben aus dem Wesen des Processes hindert nicht, die L. C. als ein Rechtsgeschäft mit verpflichtender Wirkung zu betrachten, als einen Quasicontract, an den sich jene Folgen äußerlich anknüpfen, aber er schließt schlechterdings die Auffassung der L. C. als einen Contract aus, wobei jene Wirkungen wesentlich auf die in dieser Absicht vorgenommenen Erklärungen gestellt werden. Man könnte nun jene Vorstellung noch dadurch zu retten suchen, daß man den

---

w) Damit hängt zusammen, daß litem contestari vorzugsweise von dem Kläger gesagt wird (wie iudicium accipere von dem Beklagten), denn der Kläger ist es, auf dessen Anträgen die wesentlichen Bestandtheile des Verfahrens in iure und namentlich der Formel beruhen.

x) M. S. Mayer die Litis Contest. geschichtlich dargestellt 1830. Rudorff Zeitschr. für gesch. Rechtswiss. VII 7. Gegen diese Abhandlungen ist gerichtet Danz de litis cont. quae fuit tempore legis actionum 1831. [Huschke Nexum (1846) S. 10 Note 14. Für die Contractsnatur dagegen erklären sich neuerdings Liebe Stipulation S. 235, Savigny System VII S. 27 (1848). Vgl. auch Plaut. Cas. III 2. 31 ego quid contrahere cupio litigii inter vos. Cic. de leg. III 3. 6 lites contractas iudicanto (decemviri stlitibus iudicandis) L. 3 § 11 de pecul. (15, 1) iudicio contrahi. R.]

„Vertrag" der L. C. nur als eine äußere Bekräftigung und als Zeichen des schon an sich begründeten Verhältnisses ansähe, ähnlich wie eine Stipulation, die zu einem Darlehen hinzukommt. Damit würde man der Sache nach schon in das Gebiet der richtigen Ansicht hinübergegangen sein, aber es wäre noch immer eine höchst unwahrscheinliche Erklärung: die Privathandlung vor Zeugen sollte den Römern als eine kräftigere Solennität erschienen sein, als die Handlungen vor dem Prätor? Das Umgekehrte wäre eher denkbar. Man müßte denn glauben, den Römern hätte es in den Sinn kommen können, eine In Iure Cessio z. B. erst durch eine Mancipation zu solennisiren und zu bekräftigen.[y])

CLXXIII. Es giebt Fälle, wo die Verhandlung in iure nicht zur Ordinatio Iudicii führt, also keine Litis Contestatio enthält. Vor allem ist dieß der Fall, wenn der Beklagte des Anspruchs des Klägers in iure, also vor dem Magistrat und in Gegenwart des Klägers, geständig wird. Dieses Geständniß heißt confessio in iure.[a]) Der Natur der Sache nach ist in diesem Fall von einem Rechtsstreit nicht mehr die Rede, zu einem Iudicium ist keine Veranlassung mehr, es ist nichts mehr zu untersuchen, der Confessus hat sich gewissermaßen selbst verurtheilt, es ist natürlich, daß jene Confessio dem Urtheil in ihren Wirkungen gleichgestellt wird. Doch wird dieß von dem Umfang und Gegenstand des Geständnisses abhängen. Vor allem wird es noch immer zu einem Iudicium kommen, wenn der Beklagte die Ansprüche des Klägers nur theilweise zugesteht, wo also noch immer ein Rechtsstreit zurückbleibt. Sodann hat der Gegenstand, auf den das Geständniß gerichtet ist, auf jene Wirkung Einfluß. Die Zwölf Tafeln haben die einer Geldschuld Geständigen den iudicati gleichgestellt.[b])

In dem Formularverfahren mußte man dabei stehen bleiben, weil die Sentenz stets auf eine bestimmte Geldsumme gerichtet war, nur eine Confessio auf denselben Gegenstand konnte ihr daher vollkommen gleichgestellt werden, nur dann also galt der Grundsatz vollständig: confessus pro iudicato est.[c]) Indessen ging man nachher allmählich weiter, und kam endlich (wofür eine oratio D. Marci angeführt wird) zu dem Satz, daß bei jeder Confessio in Iure, auch wenn sie nicht eine bestimmte Geldsumme zum Gegenstand habe, das Zugestandene so behandelt werden müsse, als wenn es durch eine rechtskräftige Sentenz festgestellt worden wäre. Es wird daher, wenn die Confessio nicht auf eine bestimmte Geldsumme geht, zwar ein Iudicium gegeben, aber nicht de re iudicanda, sondern aestimanda.[d])

Eine gleiche Wirkung, wie durch confessio in iure, kann durch einen Eid hervorgebracht werden, der dem Gegner über das streitige Verhältniß in iure deferirt wird.[e]) Diese Eideszuschiebung tritt an die Stelle der Litiscon-

---

a) Dig. XLII 2 Cod. VII 59: de confessis. Bethmann-Hollweg Versuche S. 261—276. [Savigny System VII S. 6—39. Demelius die Confessio 1880.] *b*) Gell. XX 1.

c) L. 6 pr. § 1 D. de confess. (42, 2) Paul. sent. V 5 a, 2.

d) L. 56 D. de re iud. (42, 1). So wenn der mit der actio legis aquiliae Belangte die Beschädigung eingesteht, aber eine Differenz über den zu ersetzenden Werth besteht L. 25 § 2 L. 26 D. ad L. aquil. (9, 2), ferner wenn das Eigenthum zugestanden wird, und der Confessus nicht restituirt L. 6 § 2 D. de confess. (42, 2). [Auf dieses arbitrium litis aestimandae bezieht Huschke Recht des Nexum S. 163 Note 243 die Siglen Q. A. N. N. = quando ais neque negas; natürlicher wäre es, sie von der Confessoria, wie die entgegengesetzte § 161 k von der Negatoria zu verstehen, allein der ächte Probus § 4, 3 hat die Note überhaupt nicht, sondern statt derselben vielmehr Q. N. Q. A. N. Q. N. = quando neque ais neque negas. R.]

e) Dig. XII 2: de iureiurando sive voluntario sive necessario sive iudiciali. [Savigny System VII S. 47—84.] Voluntarium heißt das iusiurandum, wenn es rein von

teſtation,[f]) der Eid (oder ſeine Verweigerung) an die Stelle des Judiciums,[g]) ſchwört der Beklagte, ſo hat er gegen die Klage die exceptio iurisiurandi, analog der exceptio rei in iudicium deductae und rei iudicatae,[h]) ſchwört der Kläger, ſo hat er eine Klage, analog der actio iudicati.[i]) Iusiurandum vicem rei iudicatae obtinet, non immerito, cum ipse quis iudicem adversarium suum de causa sua fecerit deferendo ei iusiurandum.[k])

Die Litis Conteſtatio kann endlich wegfallen durch Weigerung des Beklagten, das Judicium zu übernehmen, und auch hier kann die Folge eintreten, daß er wie ein Judicatus behandelt wird. Dieſe Weigerung kann begründet ſein durch Umſtände, welche die Klage ſofort, und ohne daß noch für eine Unterſuchung Raum iſt, als unbegründet darſtellen, und die Denegation derſelben durch den Prätor zur Folge haben (§ 163 a. E.) Ferner durch ſolche Einreden, die als Präſcriptiones gefaßt werden (§ 171); da aber die Formel hier doch gegeben, das Judicium ordinirt wurde, ſo übernahm der Beklagte demnach eventuell den Proceß, nur war im Fall der Begründung der Einrede die Litis Conteſtatio als nicht geſchehen zu betrachten. Anders als die Präſcriptiones wegfielen und als Exceptiones gegeben wurden (§ 171 a. E.), eine exceptio iſt nach dem Recht der Zeit, von der hier die Rede iſt, nicht möglich ohne iudicium acceptum. Der Einwand der Incompetenz jedoch (praescriptio fori) wurde nun ſtets von dem Magiſtrat ſelbſt unterſucht und ſchloß daher, wenn er ihn begründet fand, die Litisconteſtation aus.

Der Beklagte kann endlich die Uebernahme des Judiciums durch die Behauptung verweigern, daß er nicht der rechte Beklagte ſei, z. B. bei den Klagen gegen den Beſitzer einer Sache, daß er nicht, oder nicht zu dem Theil oder aus dem Grund Beſitzer ſei, den die Klage vorausſetzt. Dieß giebt Veranlaſſung zu einer vorausgehenden Verhandlung und Entſcheidung über dieſe Frage, und zwar durch ein Interdict, bei welchem nur die Frage iſt, ob der Beklagte wirklich beſitzt; wird er als Beſitzer befunden, ſo wird er nun nicht etwa gezwungen,

---

dem Willen deſſen, dem der Gegner es anbietet, abhängt, ob er ſchwören (und dadurch ſeine Behauptung wahr machen) will, oder nicht; necessarium, wenn der, von dem er verlangt wird, den Eid nicht einfach verweigern kann. Ein ſolcher iſt der in iure angebotene Eid, der geſchworen oder zurückgeſchoben (dem Deferenten zugemuthet) werden muß, die einfache Weigerung wird als Geſtändniß behandelt: manifestae turpitudinis et confessionis est nolle nec iurare nec iusiurandum referre L. 38 D. eod. Im prätoriſchen Edict ſtand: eum a quo iusiurandum petetur, solvere aut iurare cogam L. 34 § 6 D. eod. Ausnahmen: pupillo non defertur iusiurandum L. 34 § 2 eod. Procurator non compellitur iurare nec defensor L. 34 § 3 eod. Sacerdotem vestalem et flaminem dialem in omni mea iurisdictione iurare non cogam Gell. X 15 aus dem edictum perpetuum.

f) L. 28 § 2 D. de iudic. (5, 1): ex quibus causis non cogitur legatus iudicium accipere, nec iurare cogendus est se dare non oportere, quia hoc iusiurandum in locum litis contestatae succedit.

g) [Der Eid hat eine »iurandi formula iuris« (Ovid heroid. ep. 21, 133) und concepta verba (Macrob. sat. I 6) wie das Judicium: entweder in ius — rem suam esse, usumfructum se habere, se patronum esse, sibi dari oportere — oder in factum: se vendidisse, se dedisse in dotem, se pignori dedisse. Die Uebereinſtimmung tritt jedoch nur hervor, wenn der Beklagte über die Intentio oder Demonſtratio, oder wenn der Kläger über deren Gegentheil — rem petitoris non esse, se dare non oportere (§ 216 p) den Eid deferirt. Daran aber ſind die Parteien nicht gebunden, der Eid kann auch über das Recht des Poſſeſſor — rem possessoris esse — angetragen werden, obgleich dieſes weder in der formula petitoria, noch im Urtheil zum Vorſchein kommt L. 11 § 1. 2 D. de iureiur. (12, 2). R.]

h) L. 7. 9 pr. 11 pr. D. de iureiur. (12, 2).

i) L. 9 § 1 L. 11 § 3 D. eodem L. 8 C. de reb. cred. (4, 1): actori — si iuraverit — ad similitudinem iudicati in factum actio competit.

k) L. 1 pr. D. quar. rer. actio (44, 5).

das Judicium zu übernehmen, sondern er muß den Besitz an den Kläger herausgeben.[l]) Aber es ist auch ein anderes Verfahren möglich; der Kläger kann nämlich auf seiner Klage beharren, das Judicium wird ordinirt, mit Anweisung an den Richter, jenen Einwand des Beklagten zu untersuchen, wo also die Litis Contestatio nicht ausgeschlossen, aber der Beklagte, wenn seine Behauptung sich als richtig erweist, absolvirt wird.[m]) Dieses letzte Verfahren (in vielen Fällen das ausschließliche) ist für den Beklagten ganz unbedenklich, er verliert durch die Uebernahme des Judiciums seinen Einwand nicht, vielmehr wird er, wenn derselbe gegründet befunden wird, definitiv von der Klage losgesprochen. Dagegen kann es gefährlich für den Kläger werden, wenn er jemanden belangt, von dem sich nachher in iudicio ergiebt, daß er in der Art, wie der Kläger klagte, nicht der rechte Beklagte war. So wenn jemand mit der condictio certi gegen den Erben seines Schuldners klagt auf das Ganze, während er nur zum Theil Erbe ist, überhaupt auf eine größere Summe, als dieser nach seinem Erbschaftstheil zu leisten hat; hier wird er wegen der Plus-petitio abgewiesen und verliert sein Recht. Um diesem Uebelstand zu begegnen, hat der Prätor die interrogationes in iure eingeführt,[n]) durch welche der Beklagte aufgefordert wird, zu erklären, ob und zu welchem Theil er Erbe sei,[o]) und diese Fragen läßt er auch in andern Fällen zu, wo ein rechtliches Interesse des Klägers zur Vorbereitung und Formation seines Anspruchs es erheischt.[p]) Was der Beklagte auf die Interrogatio zugesteht, wird zwischen den Parteien, soweit es zu seinem Nachtheil ist, als wahr behandelt,[q]) verneint er, oder, was für dasselbe gilt, antwortet er nicht,[r]) so stehen nun dem Kläger die oben angezeigten Wege offen. Stellt er hiernach die ursprünglich beabsichtigte Klage an, so heißt sie jetzt interrogatoria actio, indem sie einen die Interrogatio und ihren Erfolg betreffenden Zusatz erhält, sei es daß der Beklagte 1) durch seine Antwort etwas zugestanden hat,[s]) oder daß er 2) eine dem Anspruch des

l) Darauf beziehen sich die interdicta: quem fundum, quam hereditatem, quem usumfructum bei angestellten in rem actiones, Endlicherisches Fragment der Inst. Ulpian's Vat. fragm. 92 [und die interdicta secundaria beim Besitzstreit § 169 l]. Ein ähnliches Verfahren fand bei der actio damni infecti Statt, wenn der Beklagte behauptete, die gefährdende Sache gehöre ihm nicht L. 10. 20 § 2 D. de interr. in iure (11, 1). — Eine gleiche Behandlung bei Servitutenklagen s. in L. 15 D. de op. novi nunt. (39, 1) [L. 7 D. de aqua quot. (43, 20) Zeitschr. für gesch. R. W. XI S. 357 Note 26. R.]

m) So bei der Noxalklage gegen den Eigenthümer des beschädigten Sclaven oder Thiers, wenn er das Eigenthum läugnet. Er verliert hier zur Strafe seines Läugnens die noxae deditio L. 22 § 4 D. de noxal. act. (9, 4) L. 17 D. de interr. in iure (11, 1). Auch bei der Eigenthumsklage stand dieser Weg offen, wie sich ergiebt aus L. 9 pr. 17 D. de exc. rei iud. (44, 2). Die nachher zu erwähnende Gefahr für den Kläger trat aber hier nicht ein. Er konnte von neuem klagen gegen den aus diesem Grund Absolvirten, wenn derselbe *nachher* Besitzer geworden war.

n) Dig. XI 1: de interrogationibus in iure faciendis et interrogatoriis actionibus. [Demelius Confessio 1880 S. 245 ff.]

o) L. 1 pr. D. eod.

p) [Dahin gehört schon in der alten Vindicatio die Frage des Klägers an den Beklagten über die causa der Contravindicatio: postulo anne dicas, (sed anne tu dicis) qua ex causa vindicaveris? und an den mit erschienenen Auctor des Beklagten quando in iure te conspicio, postulo anne far (fas, fiat, fias) auctor (Valerius Probus IV 7: Q. I. I. T. C. P. A. F. A. Cic. pro Mur. 12 Caec. 19), die man nicht mit Mommsen ad legem de scribis et viatoribus et de auctoritate (1843) für die actio auctoritatis des Beklagten gegen den Litisdenunciaten halten darf. Die Verweigerung der Antwort darauf heißt (auctoritatem) defugere. Plautus Poen. I 1, 17 Terent. Eun. II 3, 98 L. 139 § 1 D. de V. O. (45, 1). R.]

q) L. 11 § 1. 9 D. eod. (11, 1).

r) L. 11 § 5. 7 D. eod. [Valerius Probus IV 3: Q. N. Q. A. N. Q. N. = quando neque ais neque negas. R.]

s) L. 22 D. eod.

Klägers nachtheilige oder keine Antwort gegeben hat, im letzten Fall wird durch den Zusatz bewirkt, daß der Kläger durch eine Pluspetition nicht sachfällig wird. In einer Pandektenstelle wird gesagt: die interrogatoriae actiones seien außer Gebrauch gekommen, während die interrogationes selbst offenbar als ein geltendes und übliches Institut dargestellt werden.[t]) Dieß erklärt sich so: es ist dabei nur von dem zweiten der eben angegebenen Fälle die Rede; hatte nun hier der Beklagte gar nicht geantwortet, so wurde er als einer, der die Einlassung ohne Grund verweigert, behandelt, hatte er verneint, so fand man unbillig, den Kläger von jenen nachtheiligen Folgen der ungehörigen Klage zu entbinden, es fiel also dort wie hier die besondere Gestaltung der Klage als interrogatoria actio weg.

Wenn nun der Beklagte ohne Grund das Judicium zu übernehmen sich weigert, so wird er als indefensus betrachtet, er gilt als damnatus (§ 160).[u])

C. Verhandlungen in Judicio.

a. Beweis.

CLXXIV. Die Aufgabe des Richters ist, die Sentenz zu sprechen, die ihm in der Formel aufgetragen wird. Die Bedingung, von der das Condemniren oder Absolviren abhängig gemacht ist (si paret — si non paret), enthält die Anweisung, die Thatsachen, die unter den Parteien bestritten sind, zu untersuchen, und die rechtlichen Grundsätze, die darauf anzuwenden sind, zu erkennen (auch dieß ist in dem si paret begriffen). Auf den ersten Punkt bezieht sich der Beweis, der von den Parteien erwartet wird: die Thätigkeit der Parteien, welche darauf gerichtet ist, den Richter von der Wahrheit der Thatsachen, deren Beweis ihnen obliegt, zu überzeugen. Damit verbindet sich zugleich die rechtliche Ausführung ihrer Sache, die Exposition der Rechtsgründe, welche sie für sich anzuführen vermögen, und durch die sie den Richter zu einer für sie günstigen Entscheidung zu bestimmen suchen.

Zu diesem Behuf traten vor dem Richter die oratores oder patroni der Parteien auf (§ 155), die vor allem durch längere zusammenhängende Reden (continua oratio, peroratio) die Sache ihrer Partei darstellten und ausführten, worin factische und rechtliche Deduction gemischt waren. In Beziehung auf jene wurden schon hier die verschiedenen Beweismittel, die der Partei zu Gebote standen, erwähnt und gebraucht; nachher aber wurden in der eigentlich so genannten probatio diese Mittel, die Behauptungen zu bewahrheiten, noch besonders zusammengefaßt, womit sich die altercatio verbindet, wo die Parteien oder ihre Patrone in kürzeren Reden und Gegenreden ihren Beweis hervorzuheben, den des Gegners als nicht gelungen darzustellen oder (z. B. durch Gegenfragen (interrogationes) an die von ihm producirten Zeugen) zu schwächen suchen.[a]) Für alle diese Verhandlungen ist keine bestimmte Form vorgeschrieben,

---

t) L. 1 § 1 D. eod. Man hat sich damit zu helfen gesucht, daß die Stelle eine Interpolation der Compilatoren sei (s. Zimmern Civilproc. § 125 Note 12), aber damit wäre, wenn beide Institute wesentlich von einander abhingen, nichts gewonnen, weil die Schwierigkeit aus dem ältern Recht nur auf das Gebiet des justinianischen verlegt wäre, wo die Interrogationen ja auch noch als ein praktisches Institut vorkommen. Verändert ist die Stelle wahrscheinlich, aber nicht in der Thesis überhaupt, sondern in ihrer Erläuterung und vielleicht ihrem Umfang. [Vgl. Demelius Confessio S. 346 ff.]

u) Lex rubria cap. 21. 22. L. 52 D. de R. I. (50, 17): non defendere videtur non tantum qui latitat, sed et is qui praesens negat se defendere aut non vult suscipere actionem.

a) Quintil. inst. or. VI 4. [Schol. bobiensia in orat. Cic. de aere alieno Milon. p. 342 (Orell.) proprie namque interrogatio dicebatur, qua testes redarguebantur.

ihre Form bestimmt sich daher lediglich durch den Zweck, den sie haben, und durch die Convenienz der dabei thätigen Personen, so wie durch das sie leitende Amt des Richters;[b] doch pflegten die Reden der Parteien oder ihrer Patroni den Zeugenvernehmungen voranzugehen.[c]

Die Beweismittel, wodurch die Parteien dem Richter die Ueberzeugung von der Wahrheit ihrer factischen Behauptungen verschaffen, werden überhaupt instrumenta oder documenta genannt.[d] Als solche gelten den Römern zunächst die Spuren, welche die zu beweisende Thatsache selbst bei ihrem Eintritt zurückgelassen hat, so namentlich in einer Schrift, die darüber aufgenommen worden, oder in der Erinnerung einer Person, die dabei gegenwärtig gewesen.[e] Auf jenes bezieht sich der Beweis durch Schrifturkunden, instrumenta im engern Sinn,[f] auf dieses der Beweis durch Zeugen.[g] In Beziehung auf beide gaben die juristischen Schriften und so auch die Constitutionen der Principes den Richtern mehrfache Anweisung, unter welchen Voraussetzungen sie als glaubwürdig zu betrachten seien, aber man war weit entfernt, das Ermessen des Richters überall durch bestimmte Vorschriften über das Maß ihrer Glaubwürdigkeit (z. B. über die Zahl übereinstimmender Zeugenaussagen, welche zu seiner Ueberzeugung nöthig wäre) zu beschränken.[h] Es liegt in der Natur der Sache, daß auf Urkunden das höchste Gewicht bei der Beweisführung gelegt wurde, man gestattete gegen ihren Inhalt, wenn ihre Aechtheit unangefochten war, nur unter Umständen einen Beweis durch Zeugen,[i] und betrachtete diesen letztern überhaupt mehr als eine Unterstützung anderer Beweisgründe, denn als eine selbständige Beweisführung,[k] doch wird wiederholt eingeschärft, daß der Verlust der Urkunde, welche über das fragliche Rechtsgeschäft aufgenommen

---

Pseudo-Ascon. in Verr. I 33 § 84 interrogabatur autem et ab eo, contra quem productus est. R.]

b) Cic. pro Quint. 9. Vgl. z. B. über die Fristen (dilationes), die der Richter verwilligen kann Cic. pro Tull. § 6 (Or.) pro Caecin. c. 2 § 6 L. 7 D. de fer. et dilat. (2, 12) L. 36 pr. D. de iudic. 5, 1). Ueber die Zeit und den Ort der Verhandlungen s. oben § 158.

c) [Macrob. sat. II 12 veniunt in comitium — iubent dicere. Quorum negotium est, dicunt. Iudex testes poscit — tabulas poscit, litteras inspicit. R.]

d) L. 1 D. de fide instrum. (22, 4): instrumentorum nomine ea omnia accipienda sunt, quibus causa instrui potest, et ideo tam testimonia quam personae instrumentorum loco habentur.

e) [Gell. XIV 2 probari debere pecuniam datam consuetis modis: expensi latione, mensae rationibus, chirographi exhibitione, tabularum obsignatione, testium intercessione — si neque tabulis neque testibus planum fieri possit, tum apud iudicem, qui de ea re cognosceret, uter ex iis vir melior esset quaereretur: (durch eine Sponsio: ni vir melior esset oder ni vir bonus esset. Cic. de off. III 19 Val. Max. VII 2, 4) et si pares essent, seu boni pariter, seu mali, tum illi, unde petitur, crederetur ac secundum eum iudicaretur. R.]

f) Dig. XXII 4 Cod. IV 21: de fide instrumentorum et amissione eorum.

g) D. XXII 5 Cod. IV 20: de testibus.

h) Ein Rescript Hadrian's in L. 3 § 2 D. de testib. (22, 5) drückt sich darüber so aus: Quae argumenta ad quem modum probandae cuique rei sufficiant, nullo certo modo satis definiri potest. Sicut non semper, ita saepe sine publicis monumentis cuiusque rei veritas deprehenditur. Alias numerus testium, alias dignitas et auctoritas, alias veluti consentiens fama confirmat rei de qua quaeritur fidem. Hoc ergo solum tibi rescribere possum summatim, non ubique ad unam probationis speciem cognitionem statim alligari debere, sed ex sententia animi tui te aestimare oportere quid aut credas aut parum probatum tibi opineris. [Cicero legt großes Gewicht auf die Civität (pro Font. c. 7. 9 pro Flacco 4. 5. 8. 10. 11. 25. 27), den Reichthum (pro rosc. com. 15 vgl. Iuvenal 3, 137—146), den Stand, das Alter und den Ruf der Zeugen u. s. w. R.]

i) L. 1 C. de testib. (lex restituta) Paul. sent. V 15, 4. Vgl. L. 7 § 12 D. de pact. (2, 14). *k*) L. 2. 4. 5 C. de testib. (4, 20) vgl. L. 1 § 1 D. eod. (22, 5).

worden, keineswegs als ein Hinderniß, die Wahrheit der Thatsache zu erforschen, angesehen werden dürfe. Der Regel nach waren die Zeugen vor den Richter zu stellen, und hatten vor ihm ihre Aussagen mündlich zu machen,[l]) der Richter konnte die Zahl der zu evocirenden Zeugen nach Ermessen beschränken, damit nicht durch ein Uebermaß der Proceß hingezogen, oder die Wahrheit verdunkelt werden möchte (die gesetzlichen Beschränkungen bezogen sich nur auf die Criminalprocesse).[m]) Beibringung einer beglaubigten schriftlichen Aussage eines abwesenden Zeugen (recitatio testimonii) war nicht ausgeschlossen, es versteht sich aber, da dem Richter der persönliche Eindruck, dem Gegner die Möglichkeit des Gegenexaminirens entging und überdieß die Beeidigung hier wegfiel,[n]) daß ein solches Testimonium dem mündlichen an Glaubwürdigkeit bedeutend nachstand.[o]) Hier entsteht die Frage, wieweit ein Zwang zur Ablegung eines Zeugnisses, zu dem man aufgefordert wurde, stattfand. Wer als Manzipationszeuge, oder Libripens sich hatte zuziehen lassen, hatte damit die Verpflichtung übernommen, künftig über diesen Act Zeugniß abzulegen, die Zwölf Tafeln sprachen gegen den sich Weigernden die Infamie und Intestabilität aus (§ 216 Note i), dasselbe galt wohl auch von andern Fällen eines bei einem auf gesetzlicher Vorschrift beruhenden Act gegebenen Solennitätszeugnisses (z. B. bei der In Jus Vocatio), ein directerer Zwang zur Erfüllung der in dieser Theilnahme liegenden Zusage fand nicht Statt. Ein solcher trat im Criminalverfahren ein, in Folge einer denuntiatio testimonii von Seiten des Anklägers (oder auch des Angeklagten)[p]) und einer evocatio durch den Prätor oder Judex Quästionis,[q]) und diese denuntiatio mit ihrer Folge (jedoch unter der Beschränkung auf zehn Zeugen) kommt auch bei einigen iudicia privata vor, regelmäßig findet sie hier keine Anwendung.[r])

---

l) Constantin schreibt eine Vereidigung derselben vor L. 9 pr. C. de testib. (4, 20). In Criminalsachen war sie schon viel früher Rechtens. [Aber auch in Civilsachen wird sie bereits von Seneca (de ira II 29: de parvula summa iudicaturo tibi — testis sine iureiurando non valeret), Quintilian (s. Note n), Juvenal (3, 144—160) als üblich vorausgesetzt. — Aussagen auf der Folter sind keine testimonia, sondern quaestiones; testis ist nur der Freie: Tac. ann. II 28 satis testium et qui servi eadem noscerent repperit. R.]

m) L. 1 § 2 D. de testib. (22, 5).

n) [Quintil. I. O. V 7 § 32 saepe inter se collidi solent inde testatio hinc testes: locus utrinque: haec enim se pars iureiurando, illa consensu signantium tuetur. Dagegen pflegte man die Aechtheit (nicht die Wahrheit) schriftlicher Privatzeugnisse durch Hand und Siegel erbetener signatores bezeugen zu lassen. Cic. in Verr. V 29 pro Quinct. c. 6 c. 21 Tusc. V 11 pro Flacco c. 9. Ob die Zeugnisse öffentlicher Korporationen eidlich ausgestellt wurden, steht dahin. R.]

o) L. 3 § 4 D. de testib. (22, 5). [Dagegen hatte die beglaubigte Abschrift einer Urkunde (descriptum et recognitum) gleiche Kraft mit dem Original. Die Beglaubigung geschah in früherer Zeit, als die Tabellionen noch keinen öffentlichen Glauben genossen, durch sieben Zeugen. Mommsen de collegiis et sodaliciis romanorum (1843) p. 104. Derselbe in den Verhandl. der sächs. Gesellsch. 1851 S. 372—378. Huschke Zeitschrift für gesch. Rechtsw. XII S. 194. 195. R.]

p) Plin. ep. V 20 VI 5. 13.

q) [Quintil. I. O. V. c. 7 § 9 duo genera sunt testium, aut voluntariorum, aut eorum, quibus iudex in publicis iudiciis lege denuntiare solet. Von dieser Evocation oder Denunciation des Magistrats, vor Gericht zu erscheinen, um ein mündliches Zeugniß (nemo per tabulas dat testimonium nisi sua voluntate) abzulegen, ist die Citation des Präco zu unterscheiden, der den bereits vor Gericht erschienenen Zeugen zur Ablegung des Zeugnisses aufruft. Vgl. Escher de testium ratione quae Romae Ciceronis aetate obtinuit (1842) p. 60. R.]

r) Sie kommt vor bei der Klage wegen Verrückung der Grenzsteine in dem agrarischen Gesetz des Caligula (der s. g. Lex Mamilia): deque ea re curatoris, qui hac lege erit, iurisdictio reciperatorumque datio addictio esto. Cum curator hac lege non erit, tum quicunque magistratus in ea colonia, municipio, praefectura, foro, conciliabulo iure dicundo prae-

Zu dem Inhalt der Urkunden und den Aussagen der Zeugen kommt als Beweisgrund für den Richter noch hinzu das Geständniß in iudicio, welches nicht wie die confessio in iure die Stelle des Urtheils vertritt, sondern nur einen Beweis liefert, also zur Begründung des Urtheils dient; es ist nicht an eine gewisse Form gebunden, und die Beurtheilung seiner Zuverlässigkeit ist eben so wie die der andern Beweise dem Ermessen des Richters überlassen.[s]) Außerdem stehen den Parteien noch alle andern Argumente offen, durch die sich der Beweis einer Thatsache unterstützen und so auf die Ueberzeugung des Richters einwirken läßt.[t]) Endlich wenn der Richter bei allen für und wider gegebenen Beweisgründen zweifelhaft bleibt, so kann er von einer Partei noch eine eidliche Bestätigung ihrer Behauptungen fordern, um dadurch seine Ueberzeugung ergänzen zu lassen. Insofern ist auch der Eid (iusiurandum iudiciale, Eid in iudicio) ein Beweismittel, er hat aber auch nur die Wirkung eines solchen, und unterscheidet sich dadurch von dem iusiurandum in iure (§ 173).[u]) Eine besondere Anwendung findet dieser judicielle Eid zur Bestimmung des Werths des Streitgegenstands, in den der Richter zu condemniren hat. Diesen Werth hat der Richter regelmäßig nach den von dem Kläger beizubringenden Daten zu bestimmen (aestimatio a iudice facienda), wenn indessen der Beklagte durch Dolus oder Contumacia verursacht, daß der Kläger den eigentlichen Gegenstand seines Anspruchs nicht erhält und daß es daher zu einer Condemnatio in den Werth kommt, so hat der Richter dem Kläger den Eid einzuräumen, wodurch er den Werth und somit die Summe bestimmt, kann ihm jedoch eine taxatio, d. h. ein Maximum setzen, das er bei seinem Schwur nicht überschreiten darf. Dieser Eid, der eine Strafe für den Dolus oder Ungehorsam des Beklagten ist, heißt iusiurandum in litem.[v]) Er findet Statt, immer unter der Voraussetzung des Dolus oder Contumacia, bei den arbitrariae actiones auf Restitution oder Exhibition, ferner bei den bonae fidei iudicia, aber auch bei stricta iudicia, z. B. aus der Stipulation einer Sache, wenn der Dolus des Gegners dem Richter die eigene Aestimation der Sache unmöglich gemacht hat.[w])

---

erit, eius magistratus de ea re iurisdictio iudicisque datio addictio esto, inque eam rem is qui hac lege iudicium dederit, testibus publice dumtaxat in res singulas decem denuntiandi potestatem facito, ita ut e re publica fideque sua videbitur — Zeitschr. für gesch. Rechtswiss. IX S. 386. Bei Valerius Probus V 8 sodann findet sich folgender Satz: quanti ea res erit, tantae pecuniae iudicium recuperatorium dabo, testibusque dumtaxat decem denuntiandi potestatem faciam. Huschke (Richter's krit. Jahrbb. 1837 S. 897 ff.) ist geneigt, den Zwang zum Zeugniß für eine Eigenthümlichkeit der Recuperatorengerichte zu halten, die dann auf die Criminalprocesse und endlich auf Popularklagen (auch wo sie — wie in dem Fall des angeführten Gesetzes — nicht vor Recuperatoren kamen) ausgedehnt worden wäre. Rudorff dagegen (über die s. g. lex mamilia Zeitschr. IX 12 S. 406 ff.) erklärt die Eigenschaft des Gerichts als eines recuperatorischen von vornherein für gleichgültig, er knüpft die Zulassung des Zwangs an ein öffentliches Interesse, dem der zum Zeugniß aufgeforderte Bürger seine Willkür opfern muß, und leitet daraus den Zwang bei Criminalprocessen und bei Popularklagen ab. Ich halte die letztere Ansicht für die richtige. [Vgl. lex col. Genetivae c. 95].

s) Paul. sent. V 5 a, 3 L. 5 C. de transact. (2, 4) L. 7 D. de confess. (42, 2) Bethmann-Hollweg Versuche S. 284 ff. [Demelius Confessio 1880 S. 357 ff.]

t) Quintil. inst. or. V 8—10 (probatio artificialis) L. 19 C. de R. V (3, 32) u. a.

u) L. 1. 31. D. de iureiur. (12, 2). Immer ist es der Richter, der diesen Eid auflegt; gleichgültig ist dabei, ob der erste Anstoß von ihm oder von einer Partei ausgeht, welche diese Auskunft vorschlägt: ihrem Gegner den Eid deferirt; es ist nicht zu zweifeln, daß letzteres schon in der dritten Periode vorkam, s. z. B. L. 21 D. de dolo (4, 3), nur darf man dabei nicht vergessen, daß der Erfolg einer solchen Delation dem Ermessen des Richters unterlag. Eine viel bestimmtere Ordnung schon hat Justinian der Sache gegeben L. 11. 12 C. de reb. cred. (4, 1).

v) Dig. XII 3 Cod. V 53: de in litem iurando.

w) L. 2 pr. 5 pr. § 4 L. 6 D. eod.

Auch dieser Eid hat die Natur eines Beweismittels, und diese bestimmt die Stellung des Richters seinem Inhalt gegenüber, so daß er noch immer möglicherweise den Beklagten absolviren, oder in weniger condemniren kann.[x])

Bei der Beurtheilung der von den beiden Parteien geführten oder versuchten Beweise, und dem Einfluß dieser Beurtheilung auf die Sentenz, hat es die größte Wichtigkeit, wem von ihnen der Beweis obliegt, theils überhaupt, theils in Beziehung auf eine gewisse Thatsache.[y]) Diese Beweislast, onus probandi, hängt theils von der Parteirolle, theils von den Thatsachen ab, um die es sich handelt. Was das erstere anbelangt, so trifft die Beweislast vor allem den Kläger, sie ist ein onus petitoris (und somit commodum possessoris), und petitoris partes sustinere heißt so viel als de iure suo probare debere; wenn daher der Kläger nicht bewiesen hat, was ihm obliegt, so ist der Beklagte zu absolviren, auch wenn er gleichfalls keinen Beweis geführt hätte.[z]) Erst wenn der Kläger bewiesen hat, trifft die Reihe den Beklagten in Beziehung auf seine Exceptionen, seine auf besondere Thatsachen gegründeten Negationen (z. B. Zahlung), oder auch, wenn er diesen Weg einschlagen will, in Beziehung auf einen Gegenbeweis (Beweis des Gegentheils von dem, was der Kläger zu beweisen hat), wodurch er den von dem Kläger geführten Beweis entkräften kann. Was sodann die Thatsachen anlangt, die zu beweisen sind, so bilden den Gegenstand der Beweislast nur die, welche von der fraglichen Partei zur Begründung ihrer Ansprüche vorgebracht sind, die Unwahrheit der von dem Gegner vorgebrachten hat sie vermöge des onus probandi nicht zu beweisen (von dem Gegenbeweis kann man nicht sagen, daß er jemandem obliegt): ei incumbit probatio, qui dicit, non qui negat.[aa]) Es giebt aber Thatsachen, welche zu vermuthen sind, bis das Gegentheil erwiesen wird, praesumtiones; wer eine solche behauptet, ist daher von dem Beweis derselben befreit, die Beweislast in Beziehung auf sie geht auf den Gegner über, der die Nichtexistenz behauptet, wie z. B. die Fortdauer eines einmal entstandenen Rechts vermuthet wird, daher der das Aufhören desselben Behauptende es beweisen muß: wer ein Recht behauptet, braucht nur die Erwerbung desselben zu beweisen, nicht, was auch in seiner Behauptung liegt, daß er es jetzt noch habe.[bb]) Dieß sind die Grundsätze, nach welchen der Richter die Folgen der geführten oder nicht geführten Beweise zu bemessen hat; die freie Stellung freilich des römischen Judex gegenüber den beweisenden Parteien äußert sich, wie hinsichtlich der Wirksamkeit der Beweismittel, so auch in Beziehung auf die Beweislast, er konnte individuelle Umstände berücksichtigen und auf sich wirken lassen, die in bestimmte Regeln nicht zu fassen sind.[cc]) Diese Stellung des Richters, welche die Beweisfrage in der Hauptsache seinem Gewissen übergab (wobei auf der andern Seite in seiner Instruction durch die Formula und vor allem in der vollkommenen Oeffentlichkeit der Verhandlungen eine nicht geringere Garantie gegen die Willkür lag, als eine Beschränkung durch möglichst bestimmte Beweisregeln bieten kann), mußte aber zugleich die Folge haben, daß dem Richter erlaubt war, wenn er in

---

x) L. 5 § 2 D. eod.

y) Von dieser Frage besonders handeln die Titel: Dig. XXII 3: de probationibus et praesumtionibus, Cod. IV 19: de probationibus.

z) L. 21 D. L. 2. 8 C. de probat. L. 4 C. de edendo (2, 1) L. 5 pr. D. si usufr. pet. (7, 6) L. 15 D. de O. N. N. (39, 1).

aa) L. 2 D. de probat. (22, 3) L. 23 C. eod. (4, 19).

bb) S. z. B. L. 1 C. eod.

cc) Bethmann-Hollweg Versuche S. 321.

ſich zu keiner Ueberzeugung kommen konnte, durch den Eid: sibi non liquere von der Nothwendigkeit, die Sentenz zu ſprechen, ſich zu befreien.[dd])

Die Verhandlung in iudicio wird nicht, wie die in iure (§ 160) dadurch gehindert, daß der Beklagte ausbleibt.[ee]) Der Kläger hat denn auch kein Intereſſe, ihn zur Erſcheinung vor dem Judex zu verpflichten, die cautio iudicio sisti (§ 160) bezieht ſich nur auf die Stellung in iure, nicht auf die in iudicio.[ff]) Erſcheint der Beklagte nicht, ſo iſt dem Kläger die einſeitige Fortſetzung geſtattet, iudicium desertum, eremodicium, und der Richter ſpricht auf den von ihm geführten Beweis die Sentenz,[gg]) nur muß die denuntiatio, durch welche der Kläger den Beklagten vor den Richter entbietet, dreimal wiederholt worden ſein.[hh]) Eben ſo konnte der Beklagte, wenn der Kläger ausblieb, das Eremodicium fordern, und in Folge deſſelben abſolvirt werden, was nach dem Grundſatz: actore non probante reus absolvitur nicht ausbleiben kann.[ii]) Eine Ausnahme tritt ein, wenn eine Partei durch rechtmäßige Urſache verhindert iſt vor dem Richter zu erſcheinen, hier geſchieht eine Dilation, der Richter beſtellt die Parteien auf einen andern Tag.[kk])

Eine ſolche Beſcheidung auf einen andern Tag giebt der Richter auch, wenn die Sache an dem gegenwärtigen wegen der Länge der Verhandlungen nicht zu Ende kommt, oder um, wenn die Verhandlungen beendigt ſind, die Sentenz zu erwägen.

b. Sentenz.

CLXXV. Schon während der Verhandlungen giebt es für den Richter mehrfache Veranlaſſung, Beſcheide an die Parteien zu erlaſſen (interlocutiones), wodurch er die Verhandlungen leitet; ein ſolcher vorbereitender Spruch iſt auch das Arbitrium bei den arbitrariae actiones (§ 166). Das Ziel aber des ganzen Verfahrens iſt die sententia, das Endurtheil, deſſen Bedeutung die Worte res iudicata ausſprechen.[a])

---

dd) Gell. XIV 2.

ee) Bethmann-Hollweg Handbuch I S. 285 ff.

ff) Sie iſt eine cautio iudicio *ordinando* nicht *ordinato* sisti.

gg) L. 13 pr. D. iudic. solvi (46, 7) L. 30 § 2 D. de neg. gest. (3, 5) L. 7 in f. D. de minor. (4, 4). Die Vorſchrift der XII Tafeln: post meridiem praesenti litem addicito (§ 158) geht auf den Magiſtrat und auf den Judex. [Dieß ergiebt ſich aus dem Vorhergehenden: ni pagunt *in comitio aut in foro* ante meridiem causam coniicito (oder coniiciunto), quom perorant ambo praesentes. Daß die causae coniectio vor dem Judex geſchieht (Gai. IV 15 Gell. V 10 (§ 172 Note t) L. 1 D. de R. I. (50, 17) Afranius ap. Non. p. 267 Mercer: causam coniicere hodie ad te volo, Ambon' adestis, profuturos arbitror), nöthigt nicht, die ganze Vorſchrift mit Huschke in analect. litt. p. 106 und Wetzell Vindicationsproceß S. 54—57 auf den Judex einzuſchränken. R.]

hh) Paul. sent. V 5 a, 5.

ii) L. 28 pr. D. de appell. (49, 1) L. 27 § 1 D. de lib. causa (40, 12); in der letzteren Stelle wird dieſer Unterſchied zwiſchen dem Eremodicium des Beklagten und des Klägers ausdrücklich gemacht.

kk) Auf die § 158 a. A. mitgetheilten Worte der Zwölf Tafeln kam folgende Vorſchrift, die ſich eben ſo auf das Erſcheinen vor dem Judex wie vor dem Magiſtrat bezieht (Ulpian L. 2 § 3 D. si quis caut. 2, 11 wendet ſie auf dieſen letzteren Fall an): nach Aufzählung der iustae causae (namentlich morbus sonticus und status dies cum hoste) „si quid horum fuat unum iudici arbitrove reove eo die (ſo iſt zu interpungiren) diffensus esto.“ Dieſes Wort hat dieſelbe Bedeutung wie in der ſpäteren Sprache dilatio, Müller supplem. annot. in Festum p. 401.

a) Dig. XLII 1: de re iudicata et de effectu sententiarum et de interlocutionibus

Der Inhalt der Sentenz bestimmt sich nach der Formel. Es giebt Formeln, die keine Condemnatio enthalten: die praeiudiciales formulae (§ 167), hier enthält auch die Sentenz weder Condemnation noch Absolution, der Richter spricht sich nur über die Thatsache aus, deren Untersuchung ihm vorgelegt ist, z. B. ingenuum videri, oder: servum non videri.[b]) In allen andern Fällen enthält die Sentenz Condemnation oder Absolution, nur daß bei den Theilungsklagen noch ein zweiter Inhalt, der vorausgeht, hinzukommt: die Adjudication (§ 166 a. A. 167), wodurch der Richter die gemeinschaftliche Sache theilt, jedem also seinen Theil, wie er ihn bestimmt, zuspricht. Der hauptsächlichste Inhalt der Sentenz ist immer Condemnation oder Absolution, daher er gewöhnlich allein hervorgehoben wird.[c]) Eine solche Sentenz kann nur den Beklagten entweder condemniren oder absolviren, nicht der Kläger kann condemnirt werden, nur daß es einige Judicia giebt, in denen beide Parteien als Kläger und Beklagte gelten (iudicia duplicia oder auch mixtae actiones[d])); bei den Theilungsklagen ist die Condemnation der Formel auf beide Parteien gerichtet (§ 167), sie sind wahrhaft doppelte Judicia, bei dem interdictum uti possidetis und utrubi gilt dieß von der Formel des Interdicts, die Judicia selbst (auf die Sponsionen, Licitationssumme, Herausgabe der Sache § 169) sind einfache. — Die condemnatorische Sentenz aber ist nichtig, wenn sie nicht auf eine bestimmte Geldsumme gerichtet ist, mag übrigens der Gegenstand der Forderung selbst sein, welcher er wolle, eine andere Sache hat der Richter zu Geld anzuschlagen, eine geforderte unbestimmte Summe zu bestimmen.[e]) Ueberhaupt endlich ist eine Sentenz ihres Inhalts wegen nichtig, wenn der Richter einen unzweifelhaften Rechtssatz darin aus den Augen gesetzt, namentlich wenn er das für diesen Fall gegebene Rescript des Princeps oder Responsum eines autorisirten Juristen verworfen hat,[f]) eben so wenn durch die Sentenz eine frühere res iudicata aufgehoben werden würde,[g]) in beiden Fällen hat der Judex seine Vollmacht überschritten und nicht als Judex gehandelt.

Paul. sent. V 5 a: de effectu sententiarum et finibus litium Cod. VII 45: de sententiis et interloc. omnium iudicum. [Vgl. außer den oben § 172 d Angeführten Buchka Einfluß des Processes auf das materielle Recht II 1846. 1847 Savigny System VI § 280 ff. Bethmann-Hollweg Civilproceß II § 111 Brinz Pandekten 2 Aufl. 1875 § 96 ff.]

b) L. 27 § 1 D. de lib. causa (40, 12).

c) L. 1 D. de re iud. (42, 1) L. 3 C. de sent. omn. iud. (7, 45): Praeses provinciae non ignorat, definitivam sententiam, quae condemnationem vel absolutionem non continet, pro iusta non haberi. [Der vorbereitende Ausspruch über das Recht führt den allgemeinen Namen pronuntiatio, namentlich in den Vindicationen und Präjudizialklagen L. 40 § 2 D. de proc. (3, 3) L. 35 § 1 D. de R. V. (6, 1) L. 35 D. de A. E. V. (19, 1) L. 31 D. de pign. (20, 1) L. 6 § 2 D. de conf. (42, 2) L. 15 L. 30 § 1 D. de exc. r. iud. (44, 2) Zachariä v. Lingenthal Zeitschr. für gesch. Rechtswiss. XIV S. 95—125 (nach einem Scholion des Stephanus ad Basil. XV 1. 13. 17. 18. 27. 29 i. f.) Savigny System VI 318, doch braucht Gai. IV 48 auch von ihm den Ausdruck ipsam rem condemnat. R.]

d) L. 37 § 1 D. de O. et A. (44, 7). Solche sind die Theilungsklagen (§ 167 Note k a. E.), und die interdicta uti possidetis et utrubi (§ 169).

e) Gai. IV 48. 52. Dort wird gesagt: — iudex non ipsam rem condemnat eum cum quo actum est, sicut olim fieri solebat, (sed) aestimata re pecuniam eum condemnat. Daß hiernach sonst (d. i. vor dem Formularproceß) auch eine Condemnation in einen andern Gegenstand als Geld möglich war, stimmt in der That vollkommen damit überein, daß erst die formulae (nicht die legis actiones) eine bestimmte Anweisung an den Richter (und zwar in Geld) zu condemniren, enthielten.

f) L. 19 D. de appell. (49, 1) L. 1 § 2 D. quae sent. sine appell. (49, 8) L. 32 D. de re iudic. (42, 1).

g) L. 1 C. quando provoc. (7, 64) L. 1 C. sententiam resc. (7, 50).

Was die Form der Sentenz anlangt, so sind vor allem, wie dieß der ganzen Gestaltung des Verfahrens vor dem Judex gemäß ist, keine solennen Worte, die dabei gebraucht werden müßten, vorgeschrieben.[h]) Aber die Sentenz muß mündlich gesprochen werden (pronuntiare),[i]) und zwar in Gegenwart beider Parteien, so weit nicht eine derselben per contumaciam (§ 174 a. E.) abwesend ist.[k]) Sind mehrere Richter bestellt, so müssen wie bei den übrigen Verhandlungen, so namentlich auch bei der Sentenz alle gegenwärtig sein, wenn gleich die Mehrheit der Stimmen entscheidet, ja zu Gunsten der Freiheit, und außerdem zu Gunsten des Beklagten schon Stimmengleichheit.[l])

Mit dem Ausspruch der Sentenz ist das Judicium beendigt und der Richter hat in demselben Augenblick aufgehört, Richter zu sein. Er kann daher keine Veränderung mit der Sentenz mehr vornehmen, auch wenn er unrichtig geurtheilt zu haben überzeugt wäre.[m]) Daher kann die Execution einer condemnatorischen Sentenz nicht Sache des Judex sein; es entsteht daraus die actio iudicati, mit welcher die Execution erst wieder bei dem Prätor gesucht werden muß.

In dieser Beendigung des Judiciums, und daher des von seinem Ausgang abhängig gemachten Rechtsstreits, liegt denn auch die Wirkung der richterlichen Sentenz, die mit dem Ausdruck res iudicata bezeichnet wird.[n]) Der Rechtsstreit ist beendigt, er kann daher nicht wiederholt werden, und an die Stelle des in iudicium deducirten Rechtsverhältnisses tritt der Inhalt der Sentenz.[o]) Diese Wirkung leitet sich ihrem Ursprung nach schon von der Litiscontestation her, durch welche die Sache in iudicium deducirt, und somit von der Sentenz abhängig gemacht worden ist. Und zwar gilt dieß von den zwei Richtungen, welche die Wirkung der Sentenz hat: die Erneuerung des alten Anspruchs zu verhindern und den Inhalt der Sentenz an seine Stelle zu setzen. Dort tritt die exceptio rei iudicatae an die Stelle der exceptio rei in iudicium deductae, die vor der Sentenz stattfand, und hat mit dieser ihre Natur gemein (§ 172),[p]) hier ist es ebenfalls die Deductio in Judicium, welche dem Inhalt der Sentenz seine Kraft giebt. Es ist mit einem Wort das Judicium, welches diese Wirkungen hat, theils in seiner Einführung (Litiscontestation), theils in seinem Beschluß (Sentenz). Aus diesem Ursprung der Wirkung des richterlichen Urtheils folgt denn zugleich, daß sie dem Decret des Magistrats nicht zukommt (Note n), und daß der Satz: res iudicata pro veritate

---

h) L. 59 D. de re iudic. Auch die Beifügung von Entscheidungsgründen (s. z. B. L. 1 § 1. 2. D. quae sent. sine app. 49, 8) war dem Ermessen des Richters anheimgestellt.

i) L. 1 C. de sententiis ex periculo recitandis (7, 44). Periculum heißt hier das Concept, dessen sich der Richter zu seiner Bequemlichkeit bedient. Ohne Zweifel pflegen hier die Richter schon in älterer Zeit sich die Sentenzen, die sie sprachen, vorzubemerken, um später Auskunft darüber geben zu können.

k) Paul. sent. V 5 a, 5 L. 47 pr. 60 D. de re iud. (42, 1). Cod. VII 43: quomodo et quando iudex sententiam proferre debeat praesentibus partibus vel una parte absente.

l) L. 36—39 D. de re iud. (42, 1).

m) L. 55. 62 D. eod.

n) Diese Wirkung gilt aber auch zunächst nur von dem Urtheil eines Richters, nicht von dem Decret eines Magistrats (§ 176). Bei Paul. sent. V 5 a, 1 ist zu lesen: res iudicatae videntur *a iudicibus qui* ab his qui imperium potestatemve habent, vel qui ex auctoritate eorum inter partes dantur etc.

o) L. 1 D. de re iud. (42, 1) L. 6 D. de exc. rei iud. (44, 2) Terent. Phorm. II 3, 56 sqq. Gai. III 180. 181 IV 106—108.

p) Bethmann-Hollweg Versuche S. 151. 152 Note 23.

accipitur[q]) nur für die gilt, welche in diesem Judicium als Parteien standen, oder für welche die Deductio in Judicium durch dieselben aus irgend einem Grund verbindlich ist, nicht für Andere.[r])

Specieller bestimmt sich die Wirkung des richterlichen Urtheils nach seinem verschiedenen möglichen Inhalt folgendergestalt. Bei den Präjudicien ist die Thatsache, wie sie der Richter ausspricht, als wahr zu betrachten, z. B. daß die fragliche Person frei, oder daß sie Sclave des Andern, daß sie freigeboren, oder der Freigelassene eines Andern sei, oder sein Kind oder nicht. Ja dieser Ausspruch über den Status der Person hat nicht bloß Wahrheit für den Gegner, mit dem der Proceß geführt worden ist, sondern für Alle, weil es sich hier nicht um ein reines Privatrecht, sondern um ein Verhältniß von mehr oder weniger gemeinem Interesse handelt, dessen Vertreter daher gewissermaßen die Proceßführenden sind.[s]) Eben darum kann aber auch jeder (am unbeschränktesten bei der liberalis causa) ein solches Urtheil aus dem Grund innerhalb fünf Jahren anfechten, daß der Proceß nur zum Schein, um absichtlich einer Person durch die Sentenz den fraglichen Stand zu verschaffen, geführt worden sei,[t]) ja der, dessen Rechte (als Patron des zum Ingenuus, als Herrn des zum Freien Gesprochenen) durch den hinter seinem Rücken geführten Proceß beeinträchtigt sind, sogar ohne auf jenes Quinquennium beschränkt zu sein, vielmehr ist in diesem Fall, wo es an einem iustus contradictor gefehlt hat, die Sentenz selbst nichtig, und wirkt gar nicht die exceptio rei iudicatae.[u]) Jene höhere und weitere Wirkung einer solchen res iudicata wird mit den Worten ius facit bezeichnet (§ 111 S. 307). Dasselbe gilt von dem Urtheil über die Inofficiosität eines Testaments, wodurch dem Testator gewissermaßen die testamenti factio (also ein Theil seiner Rechtsfähigkeit) abgesprochen wird,[v]) ferner wenn sonst die Ungültigkeit des Testaments gegen den darin eingesetzten Erben ausgesprochen ist, was gegen jeden gilt, der sich auf das Testament beruft,[w]) und wie gewisse Klagen (Popularklagen) von jedem Bürger, als Vertreter des Volks, angestellt werden können, so gilt auch Judicium und Sentenz hier gegen jeden,[x]) auch in diesen Fällen allen mit der Ausnahme eines illusorisch geführten oder durch Contumacia verlorenen Processes.[y]) Bei der Adjudication gestaltet sich die Wirkung der res iudicata dahin, daß die bisher bestandene Gemeinschaft der Sache aufhört, und jede Partei Eigenthümer dessen wird, was ihr der Richter adjudicirt.[z]) Eine condemnatorische Sentenz verpflichtet den Verurtheilten, die Summe der Condemnation zu zahlen, gleichviel ob er mit Recht oder Unrecht verurtheilt worden ist, die Sentenz ist für sich selbst eine causa obligationis (iudicati obligatio),[aa]) sie wird mit der iudicati actio geltend gemacht; eine absolutorische befreit den Beklagten mittelst der exceptio rei iudicatae, also freilich nur so weit diese in ihrer Wirkung reicht.[bb]) Aber nicht bloß dieser aus-

---

q) L. 207 D. de R. I (50, 17) vgl. L. 25 D. de statu hom. (1, 5).
r) L. 1 D. de exc. rei iud. (44, 2).
s) L. 25 D. de statu hom. (1, 5) L. 2. 3 pr. D. de agnosc. lib. (25, 3).
t) Dig. XL 16: de collusione detegenda.
u) L. 3 D. eod. L. 42 D. de lib. causa (40, 12).
v) L. 17 § 1 D. de inoff. test. (5, 2).
w) L. 50 § 1 D. de leg. I (30) L. 14 D. de appell. (49, 1).
x) L. 3 pr. de pop. act. (47, 23).
y) L. 5 pr. D. de pignor. (20, 1).
z) L. 36 D. fam. erc. (10, 2) vgl. L. 20 § 4 eod. L. 17 D. de usurp. (41, 3).
aa) L. 3 § 11 D. de pec. (15, 1).
bb) Wenn z. B. der Schuldner für die Schuld ein Pfand bestellt hat und auf die persönliche

drückliche Inhalt der Sentenz, sondern auch die Entscheidung, auf die er sich gründet, z. B. die Anerkennung des Eigenthums des Klägers, die darin liegt, daß der Beklagte in Folge der in rem actio condemnirt worden ist, oder die Entscheidung, daß der Kläger nicht Eigenthümer sei, welche in der Absolution des Beklagten liegt, wird als Wahrheit und res iudicata betrachtet, und verschafft daher der Partei, zu deren Gunsten der Ausspruch lautet, wenn der Gegner künftig einen ihm zuwiderlaufenden Anspruch erhebt, die ihn zurückweisende Berufung auf res iudicata.[cc]) Auch dies folgt aus dem Princip, denn es handelt sich hier gerade um den Grund der Klage, der in iudicium deducirt ist, und über den entschieden werden soll.

Nur über das, was in iudicium deducirt ist, hat der Richter zu sprechen und sein Ausspruch jene Kraft. Die Frage, ob gegen einen Anspruch die exceptio rei iudicatae stattfinde, hängt daher von der ab, ob das, was in dem früheren Proceß in iudicium deducirt wurde, identisch ist mit dem, was jetzt der richterlichen Untersuchung und Entscheidung unterworfen werden soll.[cc*]) Zum Theil wird sich dieß aus der Intentio der Klage erkennen lassen, aber dieß reicht nicht hin, die Intentio könnte in beiden Fällen ganz gleich lauten, und doch der Fall ein ganz verschiedener sein;[dd]) umgekehrt kann eine Verschiedenheit der Intentionen sein, und doch dieselbe Rechtssache damals und jetzt in iudicium deducirt werden, so daß also die exceptio rei iudicatae der Verschiedenheit der Klage ungeachtet entgegensteht.[ee])

Für die Frage, was in iudicium deducirt sei, ist entscheidend bei Obligationen die origo petitionis, die Entstehung der Forderung; wenn auf denselben Gegenstand wie früher, aber aus einem andern Obligationsgrund geklagt wird, so steht die exceptio rei iudicatae nicht entgegen.[ff]) Bei in rem actiones ist es

---

Klage absolvirt wird, so wird auch das Pfand befreit; ein dritter Besitzer des Pfands dagegen kann der hypothekarischen Klage des Gläubigers die exceptio rei iudicatae nicht entgegensetzen.

cc) Z. B. L. 15. 30 § 1 D. de except. rei iud. (44, 2).

*cc**) [Dieß Princip ist zugleich entscheidend gegen die von Savigny (System VI, 350 ff.) aufgestellte Lehre von der Rechtskraft der Gründe. Es würden dadurch Rechtsverhältnisse rechtskräftig entschieden, welche nur der Richter, nicht die Parteien deducirt hätten, z. B. die status quaestio in einer Erbschaftsklage L. 1 C. de ord. iud. (3, 8). Die Compensation und die Einrede des bessern Pfandrechts unterliegt der Rechtskraft, nicht, weil sie als Entscheidungsgrund für die Abweisung der Klage vom Richter benutzt ist, sondern weil der Beklagte sie deducirt hat L. 19 L. 30 § 1 D. de exc. rei iud. (44, 2) L. 7 § 2 D. de neg. gest. (3, 5) L. 7 § 1 D. de comp. (16, 2) L. 1 § 4 D. de contr. tut. (27, 4). R.]

dd) So wenn jemand früher geklagt hat: si paret hominem Stichum actoris esse, und abgewiesen worden ist, er hat aber seit dieser Zeit das Eigenthum erworben, so klagt er wieder ganz mit derselben Intentio, und dennoch steht ihm die exceptio nicht entgegen, denn in dem früheren Proceß war natürlich das damalige Eigenthum in iudicium deducirt, nicht das jetzige, das dominium postea adquisitum, der frühere Richter hat ausgesprochen, daß der Kläger nicht Eigenthümer sei, nicht, daß er es niemals sein werde L. 11 § 4. 5 D. de exc. rei iud. (44, 2). Ferner die frühere intentio kann gelautet haben: si paret N. N. A. A. decem dare oportere, und die jetzige ganz eben so gefaßt sein, aber wenn es verschiedene Obligationen sind, so steht die exceptio nicht entgegen, vgl. auch L. 21 pr. D. eod.

ee) L. 3. 7 § 4 D. eod.: Et generaliter, ut Iulianus definit, exceptio rei iudicatae obstat, quotiens inter easdem personas eadem quaestio revocatur, *vel alio genere iudicii.* — Als Beispiel wird hier gegeben die hereditatis petitio und die rei vindicatio wegen derselben Sache, die Intentio war dort: si paret hereditatem (worin auch diese Sache mit begriffen), hier ist sie: si paret rem q. d. a. actoris esse. Ein anderes Beispiel ist die Klage aus einem Depositum mit einer formula in ius und mit einer in factum concepta, oder die mit dem interdictum quorum bonorum und der possessoria hereditatis petitio.

ff) L. 14 § 2 D. eod.: Actiones in personam ab actionibus in rem hoc differunt, quod cum eadem res ab eodem mihi debeatur, singulas obligationes singulae causae sequuntur, nec ulla earum alterius petitione vitiatur —. Ob bei der früheren Klage eine be-

umgekehrt der Gegenstand der Petitio, welcher entscheidet, die origo petitionis ist gleichgültig; wer geklagt hat: si paret fundum eius esse oder ius eundi agendi eius esse, dem steht die exceptio bei der Wiederholung dieser Klagen entgegen, wenn gleich er jetzt einen andern Erwerbsgrund für sein Eigenthum, für seine Servitus anführt, als früher, wenn er früher z. B. auf Mancipation sich berufen hatte, und jetzt hofft, mit dem Grund der In Iure Cessio oder Usucapio durchzukommen.[gg]) Denn es ist dasselbe Eigenthum, dieselbe Servitut, die in iudicium deducirt war, und die nun wieder in Frage gestellt werden soll. Während es eine andere Obligatio ist, wenn sie auf einen andern Entstehungsgrund gestützt wird, so ist es stets dasselbe Eigenthum, das durch die verschiedenen möglichen Erwerbsarten entsteht. Bei den actiones in personam wird gewöhnlich die causa obligationis ausgedrückt (so bei allen Formeln mit einer Demonstration, ferner bei allen in factum actiones, und auch bei andern ist es wenigstens zulässig), aber davon hängt die Statthaftigkeit der exceptio rei iudicatae nicht ab (Note ff), bei in rem actiones wird die Erwerbsart nicht ausgedrückt (§ 167 Note e), wäre es aber auch geschehen, so würde es hier für die exceptio rei iudicatae eben so irrelevant gewesen sein, wie dort. Wäre es auch zulässig gewesen zu klagen: si paret rem actoris esse ex causa mancipationis, so hätte es keinem römischen Juristen in den Sinn kommen können, zu behaupten, dadurch sei nicht das Eigenthum, sondern die Mancipation in iudicium deducirt.[hh]) Einem Kläger, der aus Versehen einen falschen Weg eingeschlagen, und bei der früheren Vindication eine Causa, die ihn nicht zum Ziele führte, gewählt hat, kann nur durch in integrum restitutio geholfen werden.[ii])

---

stimmte causa ausgedrückt war oder nicht (§ 167 Note d), ist ganz gleichgültig, es kommt nur darauf an, über welche causa verhandelt und von dem Richter entschieden worden ist, s. Note dd.

gg) L. 11 § 4 D. eod.: Eandem causam facit etiam origo petitionis —. L. 11 § 1 eod. Es kommt an auf die causa proxima actionis, nec iam interest, qua ratione quis eam causam actionis competere sibi existimasset — L. 27 eod.

hh) Dieß zeigt sich klar in der Entscheidung über die hereditatis petitio und rei vindicatio Note ee.

ii) L. 11 pr. D. de exc. rei iud. (44, 2). — Aus dem Bisherigen ergiebt sich von selbst die Erklärung von L. 11 § 2 eod.: — si postea alia ex causa petat, causa adiecta non debet summoveri exceptione. Wenn der Jurist sich nicht in einem Athem widersprechen soll, so kann causa adiecta nichts anders heißen, als: wenn wirklich eine neue causa nachher hinzugekommen ist, also ein postea adquisitum dominium geltend gemacht wird (Note dd). Ferner L. 14 § 2 D. eod. (nach den Note ff stehenden Worten): at cum in rem ago, non expressa causa, ex qua rem meam esse dico, omnes causae una petitione adprehenduntur; neque enim amplius quam semel res mea esse potest, saepius autem deberi potest. Schon dieser Grund zeigt auf das evidenteste, daß der Satz ein absoluter ist, daß nicht etwa zuweilen non omnes causae adprehenduntur, denn dieß würde involviren: zuweilen kann eine Sache amplius quam semel mea esse, was Unsinn wäre. Das non expressa causa kann daher auf keinen Fall den Sinn haben, daß alles anders sei, wenn es dem Kläger beliebe, einen Erwerbsgrund in die Formel setzen zu lassen. Puchta über die expressa causa bei der Eigenthumsklage. Kleine civil. Schriften. 1851. S. 170 ff. [Gegen die Ansicht des Verfassers erklärt sich Savigny System VI Beilage 17 S. 514—535. Vgl. oben § 171 h. — Auf eine in dieser Streitfrage bisher nicht benutzte Stelle hat zuerst Dernburg Verh. der her. petitio (1852) S. 31 aufmerksam gemacht: L. 7 § 2 D. de H. P. (5, 3). Ein angeblicher Sclave ist bei Lebzeiten und im Testament des Herrn frei gelassen und eingesetzt worden. Der zweite Klaggrund darf erst in Verbindung mit der Erbschaftsklage, der erste dagegen sofort vorgebracht werden, dummodo praedicatur iudici liberalis causae, ne ullum adminiculum libertatis ex testamento admittat. Der Zweck dieser Prädiction ist freilich nicht, die Deduction des zweiten Klaggrundes, sondern das Präjudiz der Erbschaftsklage zu hindern (L. 7 pr. D. eod.), sie beweist aber doch, daß bei Klagen in rem die Theilung der causae und zwar mittelst eines Vorbehalts möglich war, vorausgesetzt, daß die exceptio litis dividuae wegen Verbrauchs mehrerer Judices in demselben actus rerum nicht ent-

D. Verfahren extra Ordinem.

CLXXVI. Es ist oben bemerkt worden (§ 150 a. E.), daß der regelmäßige Weg für die Entscheidung von Rechtsstreitigkeiten (iuris ordinarii exsecutio, wie er auch, — ordo iudiciorum privatorum, wie er gewöhnlich genannt wird) in manchen Fällen verlassen worden ist, und daß diese Ausnahmen sich nach und nach vermehrten. Von jeher hatten die Magistrate vieles durch Decret nach vorausgegangener eigener Untersuchung (causae cognitio) zu entscheiden. Diese cognitiones haben zum Theil auf einen Rechtsstreit gar keinen Bezug,[a]) zum Theil stehen sie mit einem Rechtsstreit in vorbereitendem oder ergänzendem Zusammenhang,[b]) zum Theil endlich sind sie bestimmt, einen Rechtsstreit vollständig der Untersuchung und Entscheidung des Magistrats zu überweisen. Mit dem letzten haben wir es hier zunächst zu thun.[c]) Ursprünglich waren die Fälle nur solche, wo ein eigentliches Judicium unter den streitenden Personen oder über das streitige Verhältniß entweder nach hergebrachtem Recht nicht möglich und dem Geist desselben zuwider war, oder wenigstens in persönlicher oder sachlicher Hinsicht der Anspruch etwas außerordentliches hatte, welches den Gedanken an seine Einfügung in den Ordo Judiciorum entfernte. Daher werden extra ordinem von dem Magistrat behandelt alle Beschwerden der Sclaven über ihre Herren (wegen schlechter Behandlung, verweigerter Freilassung, wo der Sclave einen Anspruch darauf hat u. s. f.), der Freigelassenen über ihre Patrone, und hinwiederum dieser über jene, der Kinder über die Väter, in deren Gewalt sie sind (z. B. bei dem Anspruch auf Emancipation), und der Väter über ihre Kinder,[d]) Ansprüche auf Alimentation zwischen Eltern und Kindern, Patronen und Freigelassenen,[e]) zwischen Vormund und Mündel,[f]) überhaupt das Verfahren gegen einen widerspenstigen oder suspecten Vormund,[g]) die Ansprüche aus Fideicommissen,[h]) die Honorarforderungen der Lehrer, Advocaten, sonstigen Geschäftsmänner, der Dienstlohn der Ammen u. dgl. Eine der wichtigsten Anwendungen endlich dieses Verfahrens war in der dritten Periode die Appellation (§ 181).

---

gegen stand Gai. IV 122. Ueberhaupt muß man sich bei allen actiones certae eine Ergänzung der causae durch die edirten Urkunden hinzudenken (L. 1 § 3 D. de edendo 2, 12) und nicht vergessen, daß die Bestimmung der Formula gar nicht war, das ganze Rechtsverhältniß zu erschöpfen, sondern hauptsächlich den Kläger gegen Mißgriffe zu schützen. R.]

a) Z. B. das Decret, wodurch der Prätor die Veräußerung von pupillarischen Sachen ex oratione imp. Severi erlaubt.

b) Dahin gehören die meisten Fälle: Auflegung von Cautionen, provisorische Einweisung in Güter, In integrum Restitutio, Executionsmaßregeln.

c) Dig. L. 13: de extraordinariis cognitionibus. [Der Ausdruck bezeichnet die Sachen neueren Rechts und Verfahrens: also 1) neuern Rechts: die aus dem ius extraordinarium, d. h. dem neuen Recht der Constitutionen u. s. w. im Gegensatz des ius ordinarium (civile und praetorium) entsprungenen Klagen L. 10 L. 178 § 2 D. V. S. (50, 10) L. 7 D. ad. L. Corn. de fals. (48, 10) Paul. III 5 § 18 Gromat. vet. 22, 10. 24, 1. 58, 21. 134, 9. 10; 2) neueren Verfahrens: die vom ordo causarum s. iudiciorum in diesem Sinn, d. h. der Verloosung unter die städtischen Judices befreiten Sachen. Vgl. § 159 w. Der Verfasser hebt beide Eigenthümlichkeiten nicht scharf genug hervor. R. — Vgl. Bekker Actionen II S. 190 ff.]

d) S. z. B. L. 1 § 1. 2. 10 D. de off. pr. urbi (1, 12) § 2 I de his qui sui (1, 8).

e) L. 5. 6 D. de agnosc. lib. (25, 3), vgl. Zeitschr. für gesch. Rechtswiss. VI S. 238 Note 1.

f) L. 3. 6 D. ubi pup. (27, 2).

g) L. 1 pr. D. de admin. tut. (26, 7) u. a.

h) Gai. II 278 Ulp. XXV 12: fideicommissa non per formulam petuntur ut legata, sed cognitio est Romae quidem consulum etc. — Einen besondern Zweck, Abschreckung von

Die Klagen, die in diesem außerordentlichen Verfahren angebracht werden, heißen persecutiones, extraordinariae persecutiones.[i]) Das Anliegen wird von dem Kläger einseitig bei dem Magistrat angebracht, der Beklagte wird von diesem durch einen Lictor vorgeladen.[k]) Ist er ungehorsam, so wird er in Strafe genommen,[l]) bleibt diese fruchtlos oder kann er nicht getroffen werden, so wird er durch drei in Zwischenräumen von zehn Tagen erlassene Edicte aufgefordert zu erscheinen, zuletzt (regelmäßig als viertes, unter Umständen auch wohl statt des ersten, zweiten ꝛc.) wird ein edictum peremtorium erlassen, d. h. mit der Drohung, daß ohne ihn untersucht und entschieden werden würde. Dieß geschieht sodann in derselben Art, wie wenn er zugegen wäre.[m]) Erscheinen die Parteien am Tag der Verhandlung, so nimmt der Prätor die Cognitio vor, wofür eben so wenig eine bestimmte Form gegeben ist, als für die Cognition des Judex im ordentlichen Verfahren. Der Prätor kann für gewisse Punkte dieser Untersuchung, so namentlich für Schätzungen, die dabei vorkommen, Arbitri ernennen,[n]) dadurch wird der Charakter des Verfahrens nicht verändert, es geht darum nicht in ein iudicium über. Das Verfahren endigt sich durch die Entscheidung des Magistrats, welche decretum heißt. Sie unterscheidet sich von der sententia iudicis dadurch, daß ihre Wirkung lediglich von dem Imperium des Decernenten abhängt, das Decretum hat nur den Effect, den der Magistrat vermöge seiner Amtsgewalt ihm geben kann; es hat keine verbindende Kraft für andere ihm nicht subordinirte Magistrate, während res iudicata Rechte giebt, die für die betheiligten Personen jede Behörde anzuerkennen hat.[o]) Daher ist das Dekret auch für den Decernenten selbst etwas widerrufliches, das Imperium, auf dem es beruht, kann es auch wieder aufheben.[p]) Von jener Beschränkung der Wirksamkeit machten die decreta principum vermöge der Ausnahmsstellung ihrer Urheber eine Ausnahme. Ihre Verfügungen galten wie iussus populi, alle Magistrate wurden als ihnen sub-

---

Mißbräuchen durch energisches Verfahren, hatte die von Nero angeordnete extraordinaria cognitio gegen Publicani Tac. ann. XIII 51.

i) Persecutio heißt überhaupt Verfolgung eines Rechts auf dem gerichtlichen Weg L. 2 § 3 D. de her. vend. (18, 4) L. 17 D. de pignor. (20, 1), darum auch die actio L. 28 D. de O. et A. (44, 7), aber im engern Sinn die persecutio ohne actio (ohne formula), die bloße persecutio, also die extraordinaria L. 178 § 2 D. de V. S. (50, 16).

k) Dieß ist das evocari a praetore (z. B. L. 1 § 2. 3 D. de inspic. ventre 25, 4 L. 26 § 7 D. de fid. lib. 40, 5), welches hier die Stelle der in ius vocatio vertritt; von der letzteren war bei diesem Verfahren keine Anwendung zu machen. Späterhin hat der Prätor auch wohl dem Kläger die Evocation durch denuntiatio überlassen.

l) Varro bei Gell. XI. 1: „M. Terentius quando citatus neque respondit neque excusatus est, ego ei unam ovem multam dico."

m) L. 68—73 D. de iudic. (5, 1) L. 26 § 9 D. de fid. lib. (40, 5). Vgl. Bethmann-Hollweg Handbuch I S. 287 f. [Civilproceß II S. 769 ff.]

n) So für die Schätzung der Größe der Alimente L. 5 § 25 D. de agnosc. lib. (25, 3), der Idoneität der zu leistenden Caution L. 9 D. qui satisdat. cog. (2, 8).

o) Die exceptio rei iudicatae kann auch vor einem andern Magistrat, als der den Judex bestellte, gebraucht werden, eben so auch die actio iudicati. Nur kann der Anstellung der letzteren an einem andern Ort die pluspetitio loco entgegenstehen; daraus ist zu erklären L. 45 § 1 D. de iud. (5, 1) und L. 15 pr. § 1 D. de re iud. (42, 1), die letzten Stellen sind überdieß interpolirt. Die Ausführung des Decrets kann keinem andern Magistrat (an diesem oder einem andern Ort) zugemuthet werden. [Dagegen Keller Civilproceß Note 974.]

p) L. 14 D. de re iud. (42, 1). [Doch ist dieß später in Aufhebung der eigentlichen Entscheidungen der Magistrate geändert: L. 1 C. sententiam rescindi non posse (7, 3). L. 42. 46 D. de re iud. (42, 1). L. 27 pr. D. de poenis (48, 19). L. 5 C. Th. de sent. ex. peric. (4, 17.) R.]

ordinirt und als verbunden betrachtet, ihre Befehle zu empfangen und auszuführen.

CLXXVII. Eine eigenthümliche Anwendung erhielt das Verfahren extra ordinem bei der In integrum Restitutio. Von diesem Institut ist hiernächst die processualische Seite darzustellen, die materielle gehört an einen andern Ort (Bd. II § 209), dennoch muß eine Betrachtung seines Wesens schon hier vorausgenommen werden, da dieses auch auf seine processualische Behandlung von Einfluß ist.

Die rechtliche Ordnung ist dem Menschen als eine Wohlthat gegeben, ohne welche auch sein individuelles Wohl nicht gesichert wäre. Dieß schließt die Möglichkeit nicht aus, daß sie nicht unter Umständen für den Einzelnen in das Gegentheil umschlagen, ihm zum Nachtheil gereichen kann. So ist, um zunächst ein Beispiel von der Ordnung des Processes selbst zu nehmen, jene Einrichtung der Rechtshülfe durch Formulä, worin die Ansprüche der Parteien formirt, und so vorbereitet dem Richter zur Untersuchung überliefert werden, im Interesse der Gerechtigkeit und zum Vortheil der Rechtsuchenden gemacht. Daß nämlich in gewissen Fällen eine certa intentio, daß eine condemnatio certae pecuniae gegeben wird, diese Vereinfachung und Beschränkung des richterlichen Officiums ist ohne Zweifel ein Gewinn für den Kläger, der sich mit einer solchen bestimmten Forderung durch Stipulation ꝛc. einer bestimmten Summe vorgesehen hat. Er kommt schneller und sicherer, und unabhängiger von Ausflüchten des Beklagten oder subjectiven Erwägungen des Richters zu seinem ungeschmälerten Recht. Und doch ist es auf der andern Seite nicht ohne Gefahr für ihn; versieht er sich, und läßt ein kleines zu viel in die Intentio setzen, so verliert er die ganze Sache, läßt er zu wenig in die Condemnatio setzen, so büßt er einen Theil seiner Forderung ein (§ 167). So droht auf der andern Seite dem Beklagten ein Verlust durch eine aus Versehen zu hoch gestellte Condemnation, oder dadurch, daß er eine Exceptio nicht, wie es hätte geschehen müssen, in die Formel hat setzen lassen (§ 170 bei Note x). Eben so sind die Fristen, die in Processen für gewisse Handlungen oder für den Proceß überhaupt gesetzt sind, nothwendig für die Zwecke einer möglichst beschleunigten, gegen bösliche Ausweichung oder Nachlässigkeit gesicherten Rechtshülfe, aber sie führen ihrer Natur nach die Möglichkeit eines schweren Nachtheils durch Versäumung mit sich. Nicht weniger zeigt sich diese Erscheinung außer dem Proceß. Daß man durch einen längere Zeit fortgesetzten Besitz einer wohl überkommenen Sache seines Eigenthums an derselben sicher wird, indem dieser fortgesetzte Besitz nach Ablauf der Zeit selbst als eine rechtmäßige Erwerbung des Eigenthums gilt (als usucapio), und uns gegen das uns unbewußte Recht eines Andern, wenn dieser sich bis dahin nicht gemeldet hat, vertheidigt, ist eine große Wohlthat, sie hat aber freilich die Gegenseite, daß sie jenen Andern um sein Eigenthum bringen kann. Ja ein jedes Rechtsgeschäft, das ein Recht und eine Gebundenheit mit der Zuverlässigkeit festsetzt, ohne die kein Verkehr denkbar ist, mag unerwarteten Verlust für den einen, unzuständigen Gewinn für den andern Theil zur Folge, und überhaupt durch die Umstände ein Resultat haben, welches von der einen Seite nicht beabsichtigt wurde, von der andern billig nicht beabsichtigt werden durfte.

So geht neben dem Recht als ein nicht Auszuschließendes, als Schatten ein vom höheren Standpunkt als solches sich darstellendes Unrecht her. Soll nun dagegen nicht eine Hülfe bereitet werden? Hier ist vor allem leicht einzusehen, daß mit allzugroßem Eifer auf Beseitigung desselben die erheblichen Vor-

theile bestimmter rechtlicher Ordnung leicht eingebüßt werden könnten. Sie sind nicht ohne Opfer, nicht ohne einen Preis zu haben, sie sind aber noch immer ein höheres Gut, als dieser Preis eines möglichen Unrechts, wenn diese Möglichkeit nicht die Grenze des Ertragens überschreitet. Erträglich aber muß sie stets scheinen, wenn jeder durch Aufmerksamkeit und billig zu fordernde Vorsicht bei seinen Handlungen den möglichen Schaden vermeiden kann. Wo wir jemanden durch tadelnswerthe Sorglosigkeit in rechtlichen Nachtheil kommen sehen, werden wir uns durch diese Folge der rechtlichen Ordnung nicht in Unruhe setzen lassen.[a]) Sodann aber muß in Erwägung kommen, daß jenes mögliche Unrecht häufig eine höchst problematische, schwankende Natur hat: es ist vielleicht ein Unrecht vom höheren Standpunkt und einer allseitigen Umsicht, aber wer wird dieser weiten Umsicht überall fähig sein? Wenn der Verurtheilte ohne seine Schuld die Appellation versäumt hat, wer will nun sagen, ob durch seine Zulassung zur Appellation das höhere Recht gefördert werden wird, ob nicht vielmehr gerade durch seine Versäumniß das in der ersten Sentenz enthaltene wahre Recht gegen alle Anfechtung gesichert ist? Diese Erwägung kann nun zwar die Hülfe nicht schlechterdings ausschließen, aber sie ist geeignet, sie als etwas außerordentliches und nur mit Vorsicht zu gebrauchendes erscheinen zu lassen.

Die Prätoren haben in ihren Edicten unter gewissen Voraussetzungen eine Hülfe gegen Nachtheile zugesagt, welche durch das Recht selbst und seine strenge Anwendung verursacht werden können. Diese Hülfe heißt von ihrem Erfolg, der Wiederherstellung eines früheren, dem strengen Recht nach aufgehobenen Zustandes, in integrum restitutio (Wiedereinsetzung in den vorigen Stand), es wird der benachtheiligende Umstand (z. B. der Ablauf der Zeit, das Rechtsgeschäft) aufgehoben (rescindirt), und das dadurch verlorne Recht oder Rechtsmittel wiederhergestellt.[b])

Bei jeder eigentlichen in integrum restitutio ist der Prätor auf eine von seinem Verhalten im ordentlichen Verfahren verschiedene Weise thätig, aber auch von dem sonstigen außerordentlichen Verfahren unterscheidet sich seine Thätigkeit in jenen Fällen. Der Unterschied liegt nicht in der causae cognitio, die er vornimmt, denn abgesehen davon, daß diese bei jedem Verfahren extra ordinem eintritt, kann auch das Geben einer actio davon abhängig gemacht sein, ohne daß es zu einer in integrum restitutio wird.[c]) Ueberhaupt ist es nicht die Form der prätorischen Thätigkeit, sondern ihr besonderer Inhalt, der das Restitutionsverfahren auszeichnet, und worauf zugleich der Begriff der in integrum restitutio beruht. Und auch hier, wie schon bemerkt worden ist (Note b), ist es die Wiederherstellung eines früheren Zustandes nicht allein, worin das Charakteristische des auxilium in integrum restitutionis liegt; das

---

a) So wird dem Beklagten geholfen, wenn die Condemnation in der Formel zu hoch gestellt ist (§ 167), denn der Kläger ist es, der gewissermaßen die Formel dictirt, nicht dem Kläger, der zu wenig hat in die Condemnation setzen lassen, mit Ausnahme des Minderjährigen, dessen Alter die Sorglosigkeit entschuldbar macht Gai. IV 57.

b) Jene Hülfe hat stets eine Wiederherstellung zur Folge, aber nicht jede Wiederherstellung ist eine Folge jener Hülfe. Der Ausdruck restitutio, ja selbst in integrum restitutio bedeutet nicht immer jenes besondere Auxilium, da auch eine gewöhnliche Klage dasselbe Resultat haben kann, z. B. die interdicta restitutoria. Es kommt alles darauf an, auf welchem Weg dieses Resultat herbeigeführt wird, darin liegt das Charakteristische dessen, was im ausgezeichneten Sinne in integrum restitutio genannt wird.

c) Z. B. L. 15 § 34 L. 17 § 10 D. de iniur. (47, 10).

wesentliche Merkmal ist vielmehr die Richtung, in welcher, der Grund, aus dem die Hülfe eintritt.

Die eigenthümliche Thätigkeit des Prätors bei der Restitution besteht darin, daß er über die Aufhebung eines rechtsbeständigen Zustands aus einem gerechten Grund, der eine Abweichung von dem ordentlichen Recht, eine Hülfe gegen dasselbe fordert (die eben darum etwas außerordentliches an sich trägt),[d] beschließt und über die Zulassung dieser iusta causa durch Decret entscheidet.[e] Nun kommen verschiedene Wege vor, die bei der Restitutionsverhandlung eingeschlagen werden. Um diese genau zu erkennen, müssen folgende Begriffe unterschieden werden. Einmal läßt sich die Gewährung der Restitution und die wirkliche Ausführung derselben, das wirkliche Wiederbringen des früheren Zustandes trennen, was wir die reelle Restitution nennen können. Jene wiederum (die Ertheilung des auxilium restitutionis) hängt theils von der Entscheidung ab, ob sie unter Voraussetzung der factischen Umstände, auf die sich der Suchende beruft, statt habe,[f] theils davon, daß die behaupteten Thatsachen (z. B. die Abwesenheit, der Zwang) wirklich existiren. Man kann jenes das rechtliche, dieses das factische Moment der Entscheidung nennen.

So haben wir also drei Punkte bei dem Restitutionsverfahren zu unterscheiden: den rechtlichen Theil der Entscheidung, den factischen, endlich das, was die reelle Restitution genannt worden ist. Nun ist es möglich, 1) daß der Prätor selbst alle diese Punkte erledigt, indem er die Restitution ertheilt und zugleich ihren Erfolg, die wirkliche Beseitigung des Nachtheils, herstellt, ohne zu diesem Zweck ein Judicium zu geben. Dieß geschieht vor allem, wenn es zur reellen Restitution einer Handlung des Gegners nicht bedarf, z. B. wenn es sich lediglich um eine Verbesserung einer irrigen oder mangelhaften Formula handelt (§ 167. 170 Note x),[g] aber es kann auch außerdem geschehen, indem der Prätor dem Gegner die reelle Restitution durch ein Decret auferlegt, wie sonst bei einer extraordinaria cognitio.[h] 2) Der zweite Weg, der eingeschlagen werden kann, ist der, daß der Prätor durch Causä Cognitio und Decret über die Restitution entscheidet, sodann aber in Folge dieser Entscheidung ein Judicium ordnet, welches außerdem nicht mehr stattfinden würde; die reelle Restitution wird hier im ordentlichen Verfahren durch den Judex erlangt.[i] Dieses durch Restitution und Rescission des ihm entgegen stehenden Umstands vermittelte Judicium heißt eben darum restitutorium oder rescissorium. Der Ausgang dieses Judiciums, und ob es wirklich für den Restituirten einen reellen

---

d) L. 16 pr. D. de minor. (4, 4): in causae cognitione etiam hoc versabitur, num forte alia actio possit competere citra in integrum restitutionem. nam si communi auxilio et mero iure munitus sit, non debet ei tribui extraordinarium auxilium —.

e) Diese iustae causae, die den Prätor bewegen können, einen durch die ihnen zu Grunde liegenden Thatsachen hervorgebrachten rechtlichen Zustand aufzuheben, und den früheren an seine Stelle zu setzen: minor aetas, absentia, vis ac metus, dolus, error, werden im vierten Buch (§ 209) dargestellt werden.

f) Darauf bezieht sich L. 3 D. de in int. rest. (4, 1): omnes in integrum restitutiones causa cognita a praetore promittuntur, scilicet ut iustitiam earum causarum examinet an verae sint, quarum nomine singulis subvenit. Die Worte an verae sint bedeuten: ob es wahre Restitutionsgründe sind.

g) Von einem solchen Fall spricht auch L. 46 § 3 D. de procur. (3, 3).

h) L. 13 § 1 D. de minor. (4, 4) L. 39 pr. D. de adm. tut. (26, 7).

i) L. 13 § 1 D. de minor. (4, 4): — potest desiderare interdum adversus possessorem restitui — et hoc vel cognitione praetoria (der erste Weg) vel rescissa alienatione dato in rem iudicio (der zweite).

Erfolg hat, ist mit der Restitution noch keineswegs garantirt.[k]) Insofern es sich hier um Restitution einer nach ordentlichem Recht verlornen Klage oder Einrede handelt, könnte man diesen Fall auch unter den ersten subsumiren, indem man die Ordination des Judiciums selbst schon als reelle Restitution qualificirt; anders wenn man das Ziel, welches der die Restitution suchende im Auge hat, berücksichtigt. 3) Endlich ist noch ein dritter Weg denkbar, daß nämlich der Prätor nur den rechtlichen Theil der Restitutionsfrage entscheidet, d. h. ob unter Voraussetzung der factischen Umstände (z. B. der erlittenen Gewalt) eine iusta causa restitutionis vorhanden sei, indem er dem Judicium nicht bloß die reelle Restitution (wie unter 2), sondern auch den Beweis ihrer thatsächlichen Begründung (z. B. daß wirklich ein Zwang stattgefunden habe) überläßt. Dieß geschieht dadurch, daß der Prätor die Restitution zum Inhalt einer besonderen Klage oder Einrede (z. B. actio oder exceptio metus) macht.[l]) Dieser dritte Weg liegt auf der äußersten Grenze der wahren in integrum restitutio. Daß eine solche besondere Klage oder Einrede zur wahren Restitution gehört, hängt davon ab, daß dem Prätor jene Untersuchung und Entscheidung[m]) über die »iustitia causae« (Note f) vorbehalten bleibt, also jener rechtliche Theil der Entscheidung, wozu die Ertheilung einer von dem ordentlichen Recht sich entfernenden Hülfe auffordert. Sowie diese vorhergehende Entscheidung wegfällt, oder einen andern Charakter annimmt (sich nicht mehr auf die Collision zwischen dem bestehenden Recht und den Forderungen einer höheren Gerechtigkeit bezieht), fallen solche Rechtsmittel aus dem Kreis der wahren Restitutionen heraus, und dieß ist in Folge der Fortbildung des ordentlichen Rechts in nicht wenigen Fällen geschehen.[n]) So hat Dolus und Metus mehrfach aufgehört, ein eigentlicher Restitutionsgrund zu sein, und ist zum Grund eines ordinarium auxilium geworden. Dieß gilt namentlich von der exceptio doli und metus, aber auch von der Klage wegen Dolus in manchen Fällen.[o]) So viel leuchtet aber ohnedieß ein, daß die Restitution durch eine besondere Klage oder

---

k) Mein Gegner hat in meiner Abwesenheit usucapirt, der Prätor restituirt mir rescissa usucapione die in rem actio, wenn ich nun diese erhebe, so ist noch immer möglich, daß ich den Proceß verliere, wie ich ihn, auch wenn es der Restitution nicht bedurft hätte, hätte verlieren können, z. B. weil ich mein Eigenthum nicht beweisen kann.

l) L. 21 § 6 D. quod metus c. (4, 2): si coactus hereditatem repudiem, duplici via praetor mihi succurrit, aut utiles actiones quasi heredi dando (der zweite Weg), aut actionem quod metus causa praestando (der dritte), ut quam viam ego elegerim, haec mihi pateat. Dabei konnte die Frage entstehen, wann durch Klage, wann durch Einrede geholfen werde, die Frage behandelt L. 9 § 3 D. eod., in der man mit Unrecht eine Andeutung der verschiedenen Arten des Restitutionsverfahrens überhaupt hat finden wollen. Wegen der Ansichten Anderer über dieses Verfahren vgl. Zimmern Civilproc. § 101. Burchardi Wiedereinsetzung in den vorigen Stand § 24. 25. [Savigny System VII S. 238, der sich gleichfalls gegen die vom Vrf. angenommene Spaltung des iudicium rescindens und die Ueberweisung eines Theils der Restitutionsfrage an einen Judex erklärt. R.]

m) In L. 9 § 3 cit. wird sie mit dem Wort interloqui bezeichnet.

n) In dieser Weise hörte die Wiederherstellung der durch capitis deminutio des Gegners verlornen Klagen auf, eine wahre restitutio zu sein. Sie war es ursprünglich, und die Juristen führten sie herkömmlich unter den Restitutionsfällen fort, aber der Prätor gab später die Klagen ohne causae cognitio, und die Verjährung der Restitution fiel weg, sie war daher praktisch in der That keine Restitution mehr; den Grund dieser Veränderung haben wir in der Entwickelung des Rechtsbewußtseins zu suchen, dem jene Wirkung der capitis deminutio als allgemein (nicht bloß unter Umständen) unangemessen erschien.

o) In dem Edictum perpetuum erscheint die actio doli noch als eine Restitution: »Quae dolo malo facta esse dicentur, si de his rebus alia actio non erit, *et iusta causa esse videbitur*, iudicium dabo.« So gab der Prätor die Klage nur ex magna et evidenti calliditate, und dieses Requisit zu untersuchen, behielt er sich vor.

Einrede, auch wo ſie eine ſolche noch wirklich iſt, ſich doch ſehr bedeutend von den übrigen unterſcheidet. Da der Prätor nur einen Theil der Reſtitutionsfrage erledigt, ſo kann der in Folge des prätoriſchen Decrets zu jenem Rechtsmittel Zugelaſſene noch nicht (auch abgeſehen von der reellen Reſtitution) für vollſtändig reſtituirt erachtet werden, da dieß noch von dem Urtheil des Judex über die Thatſachen abhängt. Daraus erklärt es ſich ganz wohl, daß die Juriſten öfters nur bei den zwei erſten Behandlungsarten von einer Reſtitution ſprechen und dieſe ſo der dritten entgegenſetzen.[p]) Entſchieden endlich iſt es keine in integrum restitutio, wenn man ſich auf erlittenen Zwang oder Betrug vor dem Judex vermöge der allgemeinen Natur des Judiciums berufen kann. Dieß iſt der Fall bei den bonae fidei iudicia, deren Natur ſelbſt jene Berückſichtigung von dolus und metus dem Urtheil des Richters unterſtellt, ohne daß es eines beſonderen Auxiliums, einer vom Prätor gewährten außerordentlichen Hülfe bedarf.[q])

E. Reſcriptsproceß.[a])

CLXXVIII. Unter den Principes entſtand eine eigenthümliche Eintheilung des Verfahrens, die beſonders dadurch bemerkenswerth iſt, weil der größte Theil der Conſtitutiones Principum aus der dritten Periode, die wir in unſern Quellen beſitzen, ihr ſeinen Urſprung verdankt (§ 111).

Ein Proceß kann ſofort an den Princeps gebracht werden durch eine Bittſchrift (libellus principi datus, preces, supplicatio), worin die Partei, die dieſen Weg einſchlägt, unter Vorlegung der Thatſachen, die das ſtreitige Verhältniß bilden, ihn um Entſcheidung bittet. Hier iſt nun, wenn der Princeps überall darauf eingeht, ein doppelter Fall möglich. 1) Der Princeps übernimmt die Unterſuchung, ſei es, daß er ſie ſelbſt führt oder ſie einem ſeiner Beamten überträgt, der ihm darüber zu berichten hat, worauf er ſodann durch ein decretum entſcheidet. Dieß geſchah indeſſen ſelten, und wahrſcheinlich beſonders dann, wenn das factiſche Verhältniß einfach, dagegen der anzuwendende Rechtsſatz an und für ſich zweifelhaft war.[b]) 2) Der bei weitem häufigere Fall, und von dem hier allein die Rede iſt, war der, daß der Princeps ein Reſcript auf den einſeitigen ſchriftlichen Vortrag der Partei erließ, worin er die Rechtsſätze, nach welchen das Verhältniß zu beurtheilen ſei, aufſtellt, alſo dem Richter die Entſcheidung vorzeichnet, aber unter der (auch ſtillſchweigend ſich verſtehenden) Bedingung, daß die Thatſachen in Wahrheit ſo ſind, wie die Bittſchrift ſie enthält (si preces veritate nitantur). Offenbar hat ein ſolches Reſcript eine allgemeine Aehnlichkeit mit der formula, und dieſe Aehnlichkeit wird noch vollkommener, wenn der Princeps zugleich einen Beamten beſonders ernennt, der in Gemäßheit des Reſcripts unterſuchen und entſcheiden ſoll, alſo einem beſtellten Richter analog iſt. Iſt dieß nicht geſchehen, ſo iſt die Partei mit dem Reſcript an die ordentliche Gerichtsbehörde gewieſen, der ſie es in-

---

p) L. 7 § 1 D. de in int. rest. (4, 1): — potius restituere litem — quam actionem famosam (de dolo) constituere —. L. 1 § 6 D. de dolo m. (4, 3): — etiam si quis in integrum restitui possit, non debere ei hanc actionem competere. — Dieſer letzte Ausſpruch hat folgenden Sinn. Die actio doli (wie auch die actio quod metus causa, obwohl es bei dieſer weniger ſtreng genommen wurde) wird nur in Ermangelung einer andern Klage gegeben, und dieß ſoll ſelbſt dann gelten, wenn eine ſolche Klage zwar nicht mehr ſtatt hat, aber durch in integrum restitutio (ſ. oben unter 2) wieder erlangt werden kann.

q) L. 3 C. quib. ex caus. mai (2, 53).

a) Bethmann-Hollweg Handbuch I § 38. Civilproceß III § 164.]

b) So z. B. L. ult. de hered. inst. (28, 5).

sinuirt, und die sodann, nach Ermessen, entweder die Sache extra ordinem untersucht und entscheidet, oder einen Judex bestellt und ihn auf das Rescript instruirt.[c]) Der Gegner kann der ihm nachtheiligen Wirkung des Rescripts durch den Einwand begegnen, daß es von dem Impetranten durch Entstellung der factischen Verhältnisse erschlichen sei (praescriptio mendaciorum), bestehe diese Entstellung in der Beimischung falscher Thatsachen (subreptio), oder in der Zurückhaltung wahrer (obreptio).

Auch der Richter konnte, wenn er die Sache untersucht hatte und über das zu sprechende Urtheil zweifelhaft war, durch einen anfragenden Bericht vom Princeps sich die Entscheidung erbitten, dieser Bericht heißt relatio oder consultatio (ante sententiam, vgl. § 186. 187). Das Rescript, welches hier die Sache definitiv entscheidet, kann ebenfalls aus dem Grund unvollkommener oder unrichtiger Darstellung der Thatsachen in dem Bericht des Richters angefochten werden,[d]) diese Provocation aber fällt weg, wenn den Parteien der Bericht mitgetheilt, und von ihnen keine Einwendung gegen ihn erhoben worden ist.[e])

F. Execution.[a])

CLXXIX. Wenn eine richterliche Sentenz den Inhalt hat, daß sie der unterliegenden Partei eine Leistung auferlegt, wenn sie also condemnatorisch ist, so begründet sie eine Verpflichtung auf iudicatum facere.[b]) Welcher Weg ist nun dem Kläger eröffnet, den ihm condemnirten Beklagten zur Erfüllung dieser Verbindlichkeit zu vermögen, mit andern Worten: welches sind die Mittel der Execution einer Sentenz? Dieselbe Frage entsteht bei denen, die wegen Confessio, oder Jusjurandum, oder wegen Contumacia pro damnatis geachtet werden.

Vor allem ist gesetzt, daß die Execution auf rechtlichem Wege, und zwar durch Hülfe der Magistrate gesucht werde. Es ist keine reine Privatgewalt zulässig; die pignoris capio, die zwar ein feierlicher, aber ein Act ohne den Magistrat war, ist nicht ein zur Execution einer Sentenz bestimmtes Verfahren (§ 162 a. E.). Die Hülfe des Magistrats aber wird gesucht und herbeigeführt durch eine actio (iudicati oder pro iudicato), welche aus der obligatio iudicati entspringt. Nun läßt es sich denken, daß diese wiederum den gewöhnlichen Verlauf hat, so daß wie bei einer andern Klage ein Judicium bestellt wird. Dieß wird dann nothwendig, wenn der Beklagte das Recht des Klägers auf zulässige Weise bestreitet.[c]) Aber er wird nur dann dazu gelassen, wenn er

---

c) L. 8. 9. D. de off. praes. (1, 18).

d) L. 1 § 1. 2 D. de appell. (49, 1). *e*) L. 3 D. quando appell. (49, 4).

a) Bethmann-Hollweg Handbuch I § 28—30.

b) Gai. III 180. Es ist hier nicht die Rede 1) von Sentenzen, die bloß die Existenz eines Rechts oder sonstigen Zustands aussprechen, wie die auf die legis actio sacramento: sacramentum iustum videri, ferner die auf eine Präjudicialklage (§ 175), 2) von Adjudicationen, wodurch der Richter das Eigenthum giebt. Die Wirkung dieser Sentenzen fordert unmittelbar keine Leistung des Gegners, es kann also nicht von einer Execution derselben gesprochen werden, sie exequiren sich selbst, nur daß sie einen Anspruch auf eine Leistung zur Folge haben können. Es bleiben also nur die condemnatorischen Sentenzen übrig. Der Hauptfall und für das Formularverfahren der einzige ist der einer Condemnation in Geld. Soweit nach ältestem Recht eine Condemnation in eine andere Sache statt hatte, haben wir darum keinen hinreichenden Grund, ein von dem bei einer Geldsentenz verschiedenes Executionsverfahren anzunehmen, weil erstere durch das arbitrium liti aestimandae in letztere verwandelt wurde. Note t.

c) Er kann es dadurch, daß er 1) überhaupt läugnet, daß eine Sentenz gesprochen sei, dieß wird natürlich selten vorkommen; 2) daß er die Sentenz als nichtig darstellt, s. Dig. XLIX 8:

die cautio iudicatum solvi leistet (§ 157), und wenn er Unrecht behält, so wird sein Widerstand dadurch bestraft, daß er in das Doppelte condemnirt wird.[d]) Ist diese Condemnation erfolgt, oder war schon vorher keine Veranlassung, auf die iudicati actio ein Judicium zu bestellen, so wird der Anspruch aus dem Judicat schon in iure erledigt, d. h. es wird zu den Zwangsmitteln gegriffen, die das Recht für die Execution der Sentenz festsetzt.

Als das einfachste Mittel der Execution könnte dieß erscheinen, daß unmittelbar das Vermögen des zahlungsflüchtigen Verurtheilten angegriffen, und daraus dem Kläger seine Befriedigung verschafft werde. Dieß war keineswegs die Ansicht des römischen Volks, erst spät ist es bei ihm, wie unten sich ergeben wird, zu einer solchen unmittelbaren Execution in das Vermögen gekommen. Und in der That ist es, wenn wir näher zusehen, nicht die Vermögensexecution, die sich dem Rechtssinn zunächst darbietet. Betrachten wir die Sache zuerst formell, so geht der Anspruch aus dem Judicat, wie jede Obligatio, auf eine Leistung des Condemnirten, und insofern dieser sie aus seinem Vermögen zu bestreiten hat, allerdings mittelbar auf einen Vermögensbestandtheil, aber nicht so, daß dieser dem Recht des Gläubigers vermöge der Obligatio selbst unmittelbar unterworfen wäre. Aus der Natur der Obligatio für sich folgt daher nur die Forderung, daß der Schuldner zahle; daß der Gläubiger ohne das Medium des Schuldners sich selbst aus den Gütern des Schuldners bezahlt mache, ist eine Ueberschreitung des Rechts der Obligatio.[e]) Dazu kommt nun noch als materieller Grund, daß ein strenges Freiheitsgefühl sich gegen einen solchen Eingriff in das Vermögen mit Umgehung der ihm vorgesetzten Person sträuben wird. Dieß hat die ältesten Römer bewogen, streng an dem Grundsatz festzuhalten: die Person ist obligirt, an die Person muß sich der Gläubiger halten, von dem Schuldner muß es abhängen, ob er sich mittelst seines Vermögens lösen will, es giebt nur eine persönliche Execution.

Die Zwölf Tafeln schreiben darüber folgendes vor.[f]) Der Condemnirte, und wer diesem gleichsteht, hat dreißig Tage Frist.[g]) Nach dieser Zeit kann mit Manus Injectio (§ 162) gegen ihn verfahren werden.[h]) Löst er sich nicht durch Zahlung oder Stellung eines Vindex, so nimmt der Kläger ihn mit sich und hält ihn gefesselt im Gefängniß.[i]) In dieser Haft muß ihm gestattet wer-

---

quae sensentiae sine appellatione rescindantur; 3) daß er das Judicat anerkennt, aber die Forderung daraus als getilgt (durch Zahlung, Novation ꝛc.) behauptet, ipso iure oder ope exceptionis L. 7 D. de re iud. (42, 1) L. 28 § 8 D. de iureiur. (12, 2) L. 32 C. de transact. (2, 4). Daß der Anspruch, über welchen die Sentenz entschieden hat, nicht bestand, schützt nicht gegen die actio iudicati, weil res iudicata pro veritate accipitur (§ 175). Nur ausnahmsweise werden einige Einreden, die gegen die ursprüngliche Klage gerichtet sind, auch gegen die actio iudicati noch gestattet werden § 170 Note x.

d) Gai. IV 9. 171 Paul. sent. I 19, 1 Cic. pro Flacco 21. Dieß steht der Möglichkeit eines Vergleichs (vgl. § 157 Note f) nicht entgegen, wenn nur noch eine Ungewißheit des Anspruchs aus dem Judicat übrig (L. 7 pr. 11 D. de transact. 2, 15), und damit ein Vergleich überhaupt denkbar ist. Wegen der Richtung der actio iudicati auf das Duplum ist die Uebereinkunft nur dann ungültig, wenn sie vorzugsweise diese Strafe zum Gegenstand hatte.

e) Jene Befugniß kann der Schuldner dem Gläubiger durch Zuweisung einer Sache, aus der er sich bei nicht erfolgter Zahlung befriedigen solle, einräumen, aber sie ist dann nicht Inhalt der Obligatio, sondern eines besonderen, damit verbundenen Rechts, des Pfandrechts.

f) Gell. XX 1.

g) »Aeris confessi rebusque iure iudicatis triginta dies iusti sunto.«

h) »Post deinde manus iniectio esto, in ius ducito.«

i) »Ni iudicatum facit, aut quis endo em iure vindicit, secum ducito vincito aut nervo aut compedibus quindecim pondo ne minore aut si volet maiore vincito.« Man erwartet eher: ne maiore a. s. v. minore, und so hat Cujacius aus einer Handschrift verändert.

den, von seinem Gut sich zu beköstigen, will er dieß nicht, so muß ihm der Gläubiger ein Pfund Mehl täglich geben.[k]) Sechzig Tage bleibt der Schuldknecht in dieser Haft, während der ersten Hälfte dieser Zeit konnte er sich durch Zahlung oder Vergleich befreien,[l]) während der zweiten mußte ihn der Gläubiger an drei Nundinä vor den Prätor stellen und die Schuldsumme öffentlich verkündigen, damit sich etwa jemand finde, der ihn auslöse. Mit der dritten dieser Ausstellungen, wenn auch sie ohne Erfolg war, sollte die Schuldknechtschaft aufhören, der Gläubiger mußte ihn entweder freigeben, oder aus der Zahl der Bürger herausnehmen: durch Tod oder Sclaverei, das letzte geschah durch Verkauf trans Tiberim, in die Fremde, denn durch Verkauf an Römer wäre er nicht Sclave geworden.[m]) Waren mehrere Gläubiger, so überließ das Gesetz jedem, seinen Theil von dem Schuldner zu nehmen, wollten sie es nicht, so mußten sie sich unter einander vergleichen (indem der eine den Verkauf übernahm und die andern nach Uebereinkunft abfand), das Gesetz mengte sich darein nicht.[n])

Daß das Gesetz das Minimum des Fesselgewichts bestimmt hätte, hält man für unwahrscheinlich, aber dann müßte man auch das Gebot vincito unwahrscheinlich finden. Der Sinn des Gesetzes ist folgender. Es schreibt genau den Modus der Execution vor, den der Gläubiger eben so genau einhalten muß, wenn der Verurtheilte als sein Schuldknecht beurtheilt werden soll: führt der Gläubiger ihn nicht mit sich weg, fesselt er ihn nicht, so mag er das thun, wie er ihm ja auch die Schuld selbst erlassen kann, das Gesetz ist weit entfernt, ihn zur Execution zu zwingen, aber jener gilt nicht als sein Schuldknecht. War nun einmal das Fesseln für die Wirkung der Schuldknechtschaft vorgeschrieben, so lag es ganz nahe, durch eine nähere Bestimmung ein bloß illusorisches Fesseln auszuschließen. Als vinctus soll nur der gelten, der mit Fesseln von wenigstens 15 Pfund Gewicht gefesselt ist, außerdem hat der Gläubiger so wenig einen Anspruch auf die aus diesem Executionsverfahren weiter folgenden Befugnisse, als wenn er den Schuldner, statt des ducere, frei hat in seine Wohnung zurückgehen lassen. Es liegt in jener Bestimmung des Gesetzes so wenig die Absicht, die Schuldner von Staatswegen zu drücken, als man z. B. sagen wird, das Recht, indem es ausspricht: wer ein wildes Thier aus dem Gewahrsam in einen Park laufen lasse, verliere den Besitz — habe damit diese Handlung verhüten wollen. Auch sind fünfzehnpfündige Fesseln keineswegs eine übermäßige Last, man muß vielmehr behaupten, sie bilden eben nur das Gewicht, dessen Anlegung als eine Sicherung des Abgeführten zu betrachten war. [Die erste Ausgabe gründete die Abduction nach dem Vorgange des Juristen Sextus Cäcilius bei Gellius XX 1 auf eine Addiction durch den Prätor. Allein die Zwölf Tafeln gestatten dem Gläubiger ein eigenmächtiges ducere: das duci iubere kraft des Imperium gehört erst der prätorischen Execution an. Vgl. auch Huschke Recht des Nexum 1846 S. 79 Anm. 97 S. 140. 147. 149. R. — Vgl. noch Huschke Multa S. 456; dagegen Karlowa Legisactionen S. 158.]

k) »Si volet suo vivito, ni suo vivit, qui em vinctum habebit, libras farris endo dies dato, si volet plus dato.« Der letzte Zusatz, der sich so sehr von selbst zu verstehen scheint, zeigt, wie förmlich die Sache behandelt wurde. Er schien nothwendig, um den großmüthigen Gläubiger gegen den Einwand zu sichern, er habe den Schuldner nicht als Schuldknecht behandelt, und so auf sein Recht verzichtet. Diese Bestimmung des Gesetzes unterstützt also die in der vorigen Note enthaltene Auffassung der vorhergehenden.

l) [Gell. XX 1 erat autem ius interea paciscendi L. 7 § 19. — L. 10 pr. de pact. 2, 14 ganz wie man die Kapitalstrafe des Furtum und der Injuria abkaufen konnte. R.] Vgl. unten Note ii und kk. Darum eben war es nothwendig, die gesetzlichen Formen (Note i und k) genau einzuhalten, aus jeder Vernachlässigung wurde der Schluß der Befreiung gezogen.

m) [Ein Verkauf um einen Scheinpreis, wie ihn Huschke a. a. O. S. 86 nach Livius epit. 55. — C. Matienus — *quod exercitum* in Hispania *deseruisset* — *sub furca diu virgis caesus est* et sestertio nummo veniit — annimmt, würde dem Gläubiger wenig genützt haben. R.]

n) »Tertiis nundinis partes secanto, si plus minusve secuerunt, se fraude esto.« Die wahre Bedeutung ist: unter mehreren Gläubigern soll die Entscheidung nicht von der Uebereinstimmung aller abhängen, jeder einzelne kann die Sache zu Ende bringen, wenigstens durch sein Tödtungsrecht. Man hatte kein Beispiel, daß dieß wirklich geschehen sei, und das ist begreiflich genug; der grausame Ausdruck des Gesetzes hat aber auch nichts auffallendes, für eine Executivordnung schien dieses barbarische Auftreten nicht unangemessen. So pflegen in unseren Tagen die Drohungen gegen Bankerutirer gefährlicher auszusehen, als sie sich in der Wirklichkeit gestalten. — Die vielfachen

Die Natur dieser Execution der Zwölf Tafeln läßt sich kurz so fassen. Sie gab dem Gläubiger ein sehr strenges Zwangsmittel gegen den Schuldner, um diesen zur Zahlung zu vermögen, aber sie gab ihm kein Befriedigungsmittel unabhängig von dem Willen des Schuldners, wenn er sich nicht durch Pfand vorgesehen hatte. Denn, was man gewöhnlich annimmt, daß durch Tödtung oder Verkauf die Güter, die der Schuldner noch besaß, dem Gläubiger zugefallen wären, ist sicher falsch; es paßt durchaus nicht in jenes Executionssystem, ja dieses würde durch diese Annahme völlig unvernünftig werden: den Gläubiger an das Vermögen des Schuldners weisen zu wollen, und keinen andern Weg dazu zu entdecken, als den Schuldner umzubringen oder in die Fremde zu verkaufen, wäre sicher keine große Weisheit gewesen.[n*])

Neuerdings ist behauptet worden, die bisher beschriebene Personalexecution sei überhaupt nur für eine gewisse beschränkte Classe von Fällen bestimmt gewesen, nämlich für das Gelddarlehn und solche Schulden, die durch Nexum dieselbe Natur erhalten hätten, gegen jeden aus einem andern Grund Condemnirten habe eine Vermögensexecution stattgefunden.[o]) Der Hauptgrund gegen die Allgemeinheit der Personalexecution ist lex rubria cap. 21 und 22: in dem ersten werde für pecunia certa credita das duci iubere als Executionsform genannt, in dem zweiten bei allen andern Klagen »andere Wirkungen, nicht die persönliche Haft.« Ich halte dieß nicht für richtig. Der Unterschied zwischen beiden Kapiteln ist nur folgender: dort wird dem Municipalmagistrat gegen den Geständigen oder sonst pro damnato Erachteten die Execution überlassen (aber nur die Personalexecution), hier wird sie dem römischen Prätor in ihrem ganzen Umfang vorbehalten, und zwar ausdrücklich auch das duci iubere, so daß dadurch vielmehr die Anwendung der Personalexecution bei jedem Judicat außer allen Zweifel gesetzt wird.[p]) Der positive Grund für das frühere Vor-

---

Versuche, die man von alter Zeit bis auf die neueste gemacht hat (einer der neuesten von Göttling Gesch. der röm. Staatsverf. S. 323, vgl. dazu Osenbrüggen in Schneider's krit. Jahrbb. 1842 S. 113 ff.), das Gesetz anders, namentlich von einer Theilung in das Vermögen zu erklären, sind durchaus mißlungen, ja Niebuhr (II 670) sagt nicht zu viel, wenn er schon den Versuchen als solchen das Prädikat der Verkehrtheit und Unwahrheit beilegt. — [Jetzt nimmt Huschke Nexum S. 81—93 von einer andern Grundansicht aus diese Meinung wieder in Schutz: Sextus Cäcilius bei Gellius XX 1 stellt das Verfahren gegen verurtheilte Contractsschuldner, besonders aus Darlehen, als Strafe des Treubruchs (perfidia debitorum) gegen ihre Creditoren dar. Diese Betrachtungsweise dehnt Huschke auf jeden pecuniae iudicatus aus. Im Geiste der alten Criminalgesetze wäre jene Strafe des Treubruchs durch Zerstörung oder Verkauf nicht nur am Caput, sondern auch an der Familia, den Kindern und Enkeln, wie dem Vermögen des Ungetreuen vollzogen (Edict des Consuls P. Servilius über die Nexi vom Jahr 259 bei Dionys. VI 29. Liv. II 24). Die Zerstörung der Persönlichkeit im Vermögen, die Zerschlagung der universitas in ihre Elemente sei die sectio. Huschke erkennt jedoch an, daß diese Auffassung der sectio dem Bewußtsein der römischen Kaiserzeit (Quintilian. I. O. III 6 § 84 Tertullian. apolog. 4 Fragment des Dio Cassius bei Mai collect. script. vet. II p. 143) fremd geworden war und daß sogar Sextus Cäcilius eine derartige Consequenz seiner Ansicht verschmäht hat. R. — Vgl. Karlowa Legisactionen S. 163 f. Münderloh Zeitschr. f. Rechtsgesch. XII S. 193 ff.]

*n**) [Vgl. E. Hoffmann Forcten und Senaten S. 54 ff. (in d. Ztschr. für österr. Gymnasien 1866 S. 597 ff.) und dagegen Karlowa Legisactionen S. 160 f.]

o) Savigny über das altrömische Schuldrecht 1834.

p) Um diesem Argument zu entgehen, nimmt Savigny an, dieser Abschnitt des 22 Kapitels beziehe sich zugleich auf das vorhergehende, und wenn es heiße eos duci, bona eorum possideri iubeto, so sei dieß so zu verstehen: duci nämlich beim Darlehn, bona possideri, nämlich in den andern Fällen (Zeitschr. für gesch. Rechtswiss. XI S. 63 f.). Diese Suppositionen sind nun schon an sich unwahrscheinlich, sie werden aber, wenn ich nicht sehr irre, durch einen vergleichenden Blick auf die angeführten Kapitel entschieden unhaltbar. In jedem der beiden Kapitel sind drei Sätze enthalten. Cap. 21: 1) der Geständige u. s. f. soll wie ein damnatus behandelt werden, 2) der Municipalmagistrat soll gegen ihn die Execution durch duci iubere haben, 3) inwiefern kann der

kommen der Vermögensexecution ist nicht haltbarer, er besteht in dem von Livius (II 24) angeführten Consularedict v. J. 259: ne quis civem romanum vinctum aut clausum teneret, quo minus ei nominis edendi apud consules potestas fieret: ne quis militis donec in castris esset bona possideret aut venderet, liberos nepotesve eius moraretur.[q]) Für die gegenwärtige Frage ist es gleichgültig, ob man sich denkt, daß Livius das ächte Edict vor sich gehabt und diesem die Ausdrücke entlehnt habe, — denn auch so beweisen sie keineswegs das Dasein der Vermögensexecution,[r]) — oder ob man annimmt, der Historiker habe einer im allgemeinen überlieferten Thatsache den ihm angemessen scheinenden Ausdruck gegeben. Ich lege meiner Erklärung die letztere Annahme zu Grunde, die man wohl nicht anstehen wird für die wahrscheinlichere zu halten. Die Thatsache war einmal, daß die Gläubiger ihre Schuldknechte zum Kriegsdienst freigeben mußten (wobei der eine Consul jenen ihre Rechte zu sichern versprach, der andere diesen Hoffnung machte, ihre Befreiung werde um den Preis eines pflichtmäßigen Dienstes im Felde eine definitive sein), sodann daß während des Feldzuges keine rechtliche Verfolgung gegen die Soldaten zulässig sein sollte. Dieß letztere verstand Livius oder sein Auctor von einer Execution in das Vermögen und die Familie. Das ist auch gar nicht verwerflich, nur ist, wie es bei den Kindern ohnedieß geschehen muß, so auch bei den Gütern an eine Verpfändung zu denken.

Eine Beschränkung der Personalexecution ist jedoch allerdings anzunehmen: die ausschließliche Beziehung auf Geldcondemnationen.[s]) Da nun die Condemnation in den Legis Actiones immer auf die Sache selbst ging (§ 161 d. 175 e), so mußte der siegreiche Kläger, auf den Grund des ihm von

römische Prätor in solchen (Darlehens-) Fällen competent sein? — Cap. 22: 1) der Geständige u. s. f. soll so behandelt werden, wie wenn er in Rom bei dem Prätor geständig gewesen wäre, 2) der Prätor soll gegen ihn mit Personal- oder Vermögensexecution so vorschreiten, wie wenn das Geständniß u. s. f. bei ihm vorgekommen wäre, 3) kein Anderer als der römische Prätor soll für diese Execution competent sein. Man sieht, die drei Sätze entsprechen sich in jedem Kapitel Zug für Zug; daß Kap. 22 Num. 2 sich auf Kap. 21 mitbeziehe, ist undenkbar. — Savigny findet es noch anstößig, daß die Execution im Kap. 22 dem römischen Prätor vorbehalten sei, daß man also in diesen Fällen, z. B. von Padua vielleicht wegen einer Kleinigkeit die Reise nach Rom hätte machen müssen (Zeitschrift XI S. 65), nach seiner Erklärung wäre es möglich, über diesen Uebelstand hinwegzukommen. Nun ist es, beiläufig gesagt, mit der Reise nicht so streng gemeint, man kann durch einen Procurator das Gesuch stellen. Sodann ist in den angeführten Kapiteln gar nicht von der Execution eines Urtheils die Rede, sondern von der viel bedenklicheren gegen einen pro damnato zu Erachtenden, wodurch der Einwurf, insofern er gegen die obige Erklärung gerichtet ist, um die es uns hier allein zu thun ist, seine Kraft verliert. Ob auch die Execution eines Urtheils in den Sachen des Kap. 22 (immer nur durch duci iubere) den Municipalmagistraten der Gallia Cisalpina entzogen war, können wir hier ganz dahin gestellt sein lassen. — Man muß bei diesen Fragen stets auch die beträchtliche Anzahl wohlhabender und zum Theil vornehmer Römer im Auge behalten, die in den Provinzen angesessen zu sein pflegten, und die nun in Gallia Cisalpina der Jurisdiction der Stadtbehörden unterworfen werden sollten. [Vgl. Demelius Confessio § 9.]

q) Um die Erklärung dieser Stelle von einer Vermögensexecution zu beseitigen, hat man geglaubt, sie von dem Nexum verstehen zu müssen Bethmann-Hollweg Handbuch des Civilpr. I S. 301 Note 15. Sie enthält aber weder das eine noch das andere, vgl. v. Scheurl vom Nexum S. 60. Es wird davon noch an einem andern Ort die Rede sein.

r) v. Scheurl a. a. O. Note 66.

s) [Liv. XXIII 14 quique *pecuniae* iudicati in vinculis essent — Gell. XX 1 — iudicatis triginta dies sunt dati, conquirendae *pecuniae* causa, quam dissolverent. — ad praetorem in comitium producebantur, *quantaeque pecuniae* iudicati essent, praedicabatur. Gai. IV 21 quod tu mihi iudicatus sive damnatus es *sestertium decem milia* — ob eam rem tibi sestertium X milium manum iniicio — III 78 bona — veneunt — iudicatorum post tempus — quod eis — ad *expediendam pecuniam* tribuitur. — Daher auch das condemnatus, ut *pecuniam* solvat im Edict Note w. R.]

dem ersten Richter zuerkannten Rechts, mittelst einer legis actio per iudicis arbitrive postulationem immer noch um ein arbitrium liti aestimandae bitten,[t]) erst die Sentenz in diesem Schätzungsproceß brachte ein executionsfähiges Geldurtheil zu Wege. Im Formularproceß wurde das Judicium mit dem arbitrium liti aestimandae in ein Verfahren zusammengezogen.[u])

Die Gesetze, die nach den Zwölf Tafeln die Manus Injectio beschränkten (§ 162), tasteten sie doch nicht in ihrer hier betrachteten Anwendung als Executionsweg an, nur scheint (durch Gesetz oder Gewohnheit) die Alternative, die dem Gläubiger gestellt war, nach Ablauf von 60 Tagen den Schuldknecht entweder frei zu geben, oder ihn durch Tod oder Verkauf in die Fremde aus dem Verein der Bürger wegzunehmen, im Interesse der Gläubiger und der Schuldner aufgehoben worden zu sein. Die Folge war, daß die Schuldknechte auch nach dem Ablauf jener Frist in dem bisherigen Zustand blieben, bis das Gesetz des Pötelius 428 (§ 162) die Fesselung des Schuldknechts nach 60 Tagen verbot, nur die in Folge eines Delicts Adjudicirten sollten auf diese Wohlthat keinen Anspruch haben; seit dieser Zeit wurden sie als Arbeiter gehalten, und durften dem Gläubiger den Gewinn von ihrer Arbeit auf die Schuld abrechnen.[v]) So blieb die Personalexecution, als die Manus Injectio wegfiel, und wurde auf das Formularverfahren übertragen, wo der Magistrat ohne weitere Solennitäten duci iubet und damit addicirt, wenn der Verurtheilte auf die actio iudicati nicht entweder sofort zahlt, oder sofern er den Anspruch des Klägers bestreitet, satisdatio iudicatum solvi leistet. Eben so bei dem, welcher pro damnato geachtet wird.[w])

Aber sie blieb nicht der einzige Weg der Vollstreckung, es entstand daneben eine Execution in das Vermögen. Für einen gewissen Fall finden wir uns veranlaßt, eine solche schon früh anzunehmen. Wenn der Staat Ansprüche gegen seine Bürger durch die Magistrate geltend macht, z. B. auf Abgaben oder sonstige Leistungen, zu denen sie ihm auf irgend eine Weise verpflichtet worden sind, so gewährt das Recht der Multa und der Pignoriscapio (§ 79 Note s) ein Zwangsmittel gegen den Säumigen, eben so das Jus Prensionis, vermöge dessen der Magistrat den Widerstand durch Gefängniß überwinden konnte (§ 79 Note t. u), diese Zwangsmittel waren aber nicht immer Execution einer

---

t) [Valerius Probus IV 10: A. L. A. = arbitrum liti aestimandae. Vgl. § 154 e § 173 d. In den Repetundenprocessen erhielt sich die abgesonderte Litis Aestimatio (Cic. pro Cluent. c. 41 aestimationem litium non esse iudicium) sogar noch länger als die legis actio sacramento. Rudorff Zeitschr. für gesch. Rechtsw. XII S. 139—149. R.]

u) Bachofen das Nexum (1843) S. 135 Huschke über das Recht des Nexum (1846) S. 14 Note 17.

v) Die besondere Beziehung des s. g. pötelischen Gesetzes auf das Nexum ist oben (§ 162) erwähnt worden. Ferner ist nichts gewisser, als daß es die Personalexecution nicht abgeschafft hat, deren Fortdauer noch in der dritten Periode durch die unzweifelhaftesten Zeugnisse beglaubigt ist. Dieß schließt aber nicht aus, daß sie doch auf die im Text angegebene Art auch die Execution der Sentenzen betraf, wofür Liv. VIII 28: ne quis nisi qui noxam meruisset, donec poenam lueret, in compedibus aut in nervo teneretur — spricht, ferner Varro de L. L. VII 105 (Müll.): qui suas operas in servitutem pro pecunia quadam debebat —. Das Abarbeiten ist nach Analogie des Freien, der noxae gegeben worden war, anzunehmen Papinian. in der collat. II 3.

w) [Bruchstücke des Edicts über diesen Punkt sind in L. 4. 5 D. de re iud. (42, 1) überliefert: condemnatus (ab eo), cuius de ea re iurisdictio est (Note p), ut pecuniam solvat, si neque solvat neque eo nomine satis faciat (so hätte nach Labeo im Edict stehen müssen, in der That stand nur: nisi solvat) — dann folgen die Vorschriften über das duci iubere und die Behandlung des Judicatus L. 34 D. de re iud. (42, 1) L. 43–45 D. de V. S. (50, 16), vgl. Rudorff ed. perp. p. 181 sq. R. — Die Executionsordnung der 12 Tafeln, wie sie zu Cäsar's Zeit galt, giebt die Lex Genetiva c. 61; vgl. dazu Exner Zeitschr. f. Rechtsgesch. XIII S. 392 ff.]

Sentenz, sondern vielmehr Einleitung zu einem Rechtsverfahren, wenn nämlich der Betroffene durch Provocation die Rechtmäßigkeit des Anspruchs in Abrede stellte.[x]) Als Execution aber einer Sentenz erscheinen sie bei dem, welcher in Folge eines Criminalprocesses zu einer Geldstrafe condemnirt worden ist, und hier geschah es denn wohl zuerst, daß neben jenen Zwangsmitteln eine unmittelbare Execution in das Vermögen entstand. Die Form dieser war die, daß der Prätor die Quästores auf den Besitz der Güter des Schuldners anwies (bona possessa), wodurch sie als dem Staat heimgefallen galten (publicata), worauf die Quästoren sie zum Verkauf an die Meistbietenden öffentlich ausschrieben (bona proscripta); die Güter wurden im Ganzen verkauft, dem Käufer (sector) addicirt und dadurch sein Eigenthum,[y]) gegen Zahlung des Kaufpreises an das Aerar.[z])

Diese Vermögensexecution wurde von einem Prätor Rutilius auf Privatgläubiger übergetragen.[aa]) Auf Antrag des Gläubigers giebt der Prätor missio in bona, sie heißt missio in possessionem rei servandae causa,[bb]) der Gläubiger erhält mittelst derselben die Detention der Güter und damit die Möglichkeit, für ihre Erhaltung zu sorgen, doch ohne Verdrängung des Schuldners.[cc]) Andere Gläubiger, die aus dem Vermögen des Schuldners ihre Befriedigung suchen wollen, können sich anschließen, die gegebene missio gilt dann auch mit für

---

x) So sagt auch Paulus L. 9 § 6 D. ad. L. iul. peculat. (48, 13) von dem Schuldner des Staatsschatzes: (pecuniam) ab eo is, qui hoc imperio utitur, *exigeret, pignus capiendo, corpus retinendo, multam dicendo.* [Vgl. das Edict des Tiberius Julius Alexander (§ 4 Haubold monum. p. 212. Bruns Fontes ed. II p. 116.]

y) L. Scipio war wegen Peculats zu einer Geldstrafe verurtheilt worden, der Prätor erklärte: se ni referatur pecunia in publicum, quae iudicata sit, nihil habere quod faciat, nisi ut prehendi damnatum et in vincula duci iubeat. Ein Tribun kündigte seine Intercession gegen diese Maßregel an. In bona deinde L. Scipionis possessum publice quaestores praetor misit. Liv. XXXVIII 60. Dieses Recht bei Staatsforderungen (publice venire) unterscheidet noch Gaius von dem Verfahren bei Privatforderungen Gai. III 80. 154 IV 146. Vgl. Stieber de bonor. emtione 1827. Pugge Rhein. Mus. II S. 87 ff.

z) Der Name sector wird daraus erklärt, daß diese Käufer nachher die Güter zerschlugen und einzeln wieder verkauften, um so mit Gewinn zu ihrer Auslage zu kommen Pseudo-Ascon. in Verr. 1. 20. 23 (Orell. p. 172. 177). [Vgl. Bd. II § 327 n.]

aa) Gai. IV 35: quae species actionis — a praetore Publio Rutilio, qui et bonorum venditionem introduxisse *dicitur*, conparata est. [Dieser Prätor P. Rutilius ist ohne Zweifel der bekannte Staatsmann und Jurist, der 649, nicht der P. Rutilius Lupus, welcher 664 Consul war (L. 2 § 40 D. de O. J. (1, 2) Cic. pro Planc. 21 Festus v. rutuli). Nun wird aber die bonorum venditio schon in der lex thoria c. 26 (Rudorff Zeitschrift X S. 173, Huschke in Richter's Jahrbb. 1841 S. 608), also im Jahre 643, erwähnt, in welchem P. Rutilius Rufus gewiß noch nicht Prätor war. Wahrscheinlich gehört ihm also nur die Ausbildung der bonorum venditio durch die rutiliana actio an, während ihre Entstehung bis zur Lex Pötelia hinaufreichen mag. R. — Vgl. Keller Civilproceß Note 101, Rudorff Zschr. f. RG. VIII S. 84 f., Huschke das. IX S. 359.]

bb) Dig. XLII 4: quibus ex causis in possessionem eatur. XLII 5: de rebus auctoritate iudicis possidendis seu vendundis. Gai. III 77—81. [Der Gläubiger muß in seiner Person eine Forderung, oder, was ihr gleich steht, ein vom Gegner versäumtes Vadimonium (L. 2 pr. D. quib. ex caus. 42, 4), in der Person des Schuldners einen der Missionsgründe des Edicts nachweisen. Diese waren nach Cic. pro Quinct. c. 19: qui fraudationis causa latitarit, cui heres non exstabit, qui exsilii causa solum verterit, (der vierte Grund: qui absens iudicio defensus non fuerit, den Manche, auch Keller sem. I. p. 44—68, einschalten, beruht nicht auf handschriftlicher Autorität). Da die Gründe schon im Edict standen, so bedurfte es nicht erst einer causae cognitio und eines primum decretum über ihre Zulänglichkeit zum Zweck der Mission. Keller semestria I (1843) § 2. 3. R.]

cc) In der Rede für den Quinctius, wobei es sich um Anfechtung einer solchen Mission und ihrer Folgen handelte, referirt Cicero das prätorische Edict über diesen Punkt folgendergestalt (cap. 27): qui ex edicto meo in possessionem venierint, eos ita videtur in possessione esse

sie.[dd]) Bleibt die Sache länger auf diesem Punkt stehen, so wird ein curator bonorum von den Gläubigern gewählt, von dem Prätor bestätigt und bestellt.[ee]) Regelmäßig wird mit der possessio bonorum ein offener Arrest verbunden, um Dritte zur Ablieferung der in ihren Händen befindlichen Güter des Schuldners an die Gläubiger oder den Curator zu veranlassen. Dieß geschieht durch öffentliches Ausschreiben, proscriptio bonorum, mittelst angeschlagener libelli.[ff]) Diese Proscriptio hat zugleich die Bestimmung, anderen Gläubigern die Kenntniß des Vorgangs und damit die Möglichkeit der Anschließung zu verschaffen. Nun sind aber Fristen für den weiteren Verlauf festgesetzt, zu dem Zweck, um dem Schuldner oder seinen Erben die Abwendung des Verkaufs durch Befriedigung der Gläubiger (oder bei einem indefensus durch defensio) möglich zu machen. Dreißig Tage nach der Proscriptio eines lebenden Schuldners, funfzehn Tage, wenn die Verlassenschaft eines Verstorbenen verkauft werden soll,[gg]) kommen die Gläubiger in Folge eines zweiten prätorischen Befehls zusammen, und wählen einen aus ihrer Mitte, der magister heißt, und dem sie die Besorgung des Verkaufs übertragen. Dieser wird durch öffentlichen Anschlag (proscriptio, προγραφή) bekannt gemacht. Der Verkauf geschieht nach den unter den Gläubigern festgesetzten, vom Prätor genehmigten Verkaufsbedingungen (leges), in denen jedoch die vom Güterkäufer zu zahlenden Procente offen bleiben, nach Ablauf einer gleichen Frist von 30 oder 15 Tagen[hh]) an den Meistbietenden. Bis zum Zuschlag konnte der Schuldner sich zur Defension erbieten und das Vermögen wieder an sich ziehen, jedoch mußte er nunmehr, als eine nicht mehr sichere Person, iudicatum solvi caviren,[ii]) denn eben mit dem Ablauf der ersten dreißigtägigen Frist tritt die an das prätorische Concurs-

---

oportere: quod ibidem recte custodire poterunt, id ibidem custodiant, quod non poterunt, id auferre et abducere licebit. Dominum invitum detrudere non placet.

dd) L. 12 pr. D. de reb. iud. (42, 5).

ee) Dig. XLII 7: de curatore bonis dando.

ff) [Cic. pro Quinct. c. 15 Seneca de benef. IV 11 Tibull. II 4. 55. R.]

gg) Die venditio bonorum mortui bezieht sich auf den Fall, wenn der Verstorbene keinen Erben findet, indessen können seine Gläubiger, auch wenn ein Erbe vorhanden ist, bei dem Prätor darauf antragen, daß ihnen die Güter des Verstorbenen überlassen werden, wie wenn kein Erbe existirte, um durch diese Trennung eine ihnen nachtheilige Concurrenz mit den Gläubigern des Erben zu vermeiden Dig. XLII 6: de separationibus.

hh) Die Handschrift des Gaius (III 79) giebt als Frist für die Wahl des Magister 15, für den Verkauf 20 Tage, eine dieser Zahlen beruht sicherlich auf einem Schreibfehler. [Theophilus III 12 pr. führt aus dieser Stelle eine τρίτη προσέλευσις, ἐν ᾗ ἐπετρέποντο ποιήσασθαι legem bonorum vendendorum τοῦτ' ἔστιν τῶν διαπιπρασκομένων an. Danach restituirt Huschke (Recht des Nexum S. 153 Note 220 Iurispr. ant. ad h. l.): itaque si vivi bona veneant, in diebus *X legem bonorum vendendorum fie*ri iubet, si mortui, in *diebus V.* tandem vivi bona die XX, mortui vero X emtori addici iubet. Dagegen liest Krüger (Krit. Versuche S. 134 f.): si quidem vivi bona veneant, iubet ea praetor per dies continuos XXX possideri et proscribi, si vero mortui, *per* dies XV. postea iubet convenire creditores et ex eo numero magistrum creari, id est eum per quem bona veneant. itaque si vivi bona veneant, in diebus X *bonorum* venditionem fieri iubet, si mortui, in *di*midio (in *diebus V*?). diebus ita*que* vivi bona XXX*X*, mortui vero XX emptori addici iubet. Theophilus hat sich offenbar durch das Wort itaque zu der Annahme dreier Fristen bei Gaius verleiten lassen, während ihrer in der That nur zwei sind, eine dreißigtägige für den Besitz und eine zehntägige für den Verkauf des Vermögens. R.]

ii) [Die frühere Ansicht ging dahin, daß schon die erste Mission (Note bb) eine defensio cum satisdatione zur Folge gehabt hätte. Aber Sextus Näbius bei Cic. pro Quinct. c. 8 legt offenbar alles Gewicht darauf, daß dem Decret schon ein dreißigtägiger Besitz vorausgegangen war (a Cn. Dolabella — praetore postulat, ut sibi Quinctius iudicatum solvi satisdet, ex formula, quod ab eo petat, cuius ex edicto praetoris bona dies XXX possessa sint. non recusabat Quinctius, quin ita satisdare iuberet, si bona possessa essent ex edicto). Jene

verfahren geknüpfte Infamie ein.[kk]) Die Güter werden im Ganzen verkauft, und der Kaufpreis, zu welchem der bonorum emtor sich anheischig macht, besteht in der vollen oder theilweisen Befriedigung der Gläubiger, so daß der Meistbietende der ist, welcher den Gläubigern, die sodann ihre Forderungen gegen ihn geltend machen, die größere Quote derselben zu zahlen verspricht. Ursprünglich standen alle Gläubiger gleich, jeder hatte denselben Anspruch auf Befriedigung, jedem wurden von dem Bonorum Emtor (vorausgesetzt, daß ihre Forderungen wirklich begründet erfunden würden) dieselben Procente zugesagt. In der dritten Periode wurden manche Forderungen privilegirt, d. h. sie sollten bei der Befriedigung den andern vorgehen. Hier war also bei dem Verkauf vor allem festzusetzen, wie viel der Käufer den privilegirten Gläubigern zahlen solle, und sodann, wenn er diese vollständig zu befriedigen übernahm, ob er etwas und wie viel er den übrigen gewähren wolle. Wer eine Vindication hat (sei es als Eigenthümer einer im Besitz des Schuldners befindlichen Sache, oder als Pfandgläubiger u. s. f.) nimmt, sofern er sich auf diese Klage beschränken (z. B. als Pfandgläubiger lediglich aus der ihm verpfändeten Sache seine Befriedigung suchen) will, an der missio und venditio bonorum keinen Theil. Der bonorum emtor tritt insofern an die Stelle des Schuldners, als die Gläubiger auf die von ihm zugesagten Procente ihre Forderungen gegen ihn verfolgen, der Schuldner selbst aber wird, soweit sie auf jenem Weg ihre volle Befriedigung nicht erhalten, keineswegs befreit, nur daß die Personalexecution nicht gegen ihn stattfindet, außer wenn er dolose (in fraudem creditorum) sein Vermögen vermindert, und dadurch verursacht hat, daß die Gläubiger weniger als außerdem durch die venditio bonorum erhalten haben. Auch der, an welchen durch eine solche alienatio in fraudem creditorum facta etwas gekommen ist, kann unter Umständen von den Gläubigern belangt werden.[ll])

Der Gläubiger hatte nun die Wahl, ob er den civilrechtlichen Weg der persönlichen, oder den prätorischen der Vermögensexecution einschlagen wollte. Hat er den letzten gewählt, so kann er auf den ersten nicht zurückkommen; auch wenn er aus den Gütern seine volle Befriedigung nicht erhält, kann er bei späterem Erwerb durch den Schuldner nur wieder zur Missio und Venditio greifen.[mm]) Durch eine Lex Julia (ob von Cäsar oder von Augustus, ist ungewiß) wurde eine Beschränkung jener Wahl in die Hand des Schuldners gelegt. Der Schuldner sollte durch freiwillige Abtretung seiner Güter, cessio bonorum, seinen Gläubigern zuvorkommen, und die Personalexecution vermeiden können.[nn]) Diese Cession geschieht durch eine in beliebiger Form vorgenommene Erklärung jenes Inhalts an die Gläubiger, und hat die Wirkung der Missio.[oo]) Man hat gefragt, wie denn nach diesem Gesetz noch immer die Personalexecution und

---

erste Mission bewirkte mithin nur eine vorläufige Beschlagnahme, die durch einfache Defension (ohne Satisdatio), wie im alten Recht die Privathaft durch Pactio in den ersten 30 Tagen rückgängig gemacht werden konnte. Vgl. Keller sem. I (1843) p. 4. 72—110. R.]

kk) [Die gewöhnliche Meinung knüpft die Infamie entweder an die Mission oder an den Zuschlag, siehe dagegen Cic. pro Quinct. c. 8. 9, wonach die allgemeiner gehaltenen Zeugnisse Gai. IV 102 § 216 Note p genauer zu bestimmen sind. Vgl. Keller semestr. 1 § 5. R.]

ll) Dig. XLII 8: quae in fraudem creditorum facta sunt, ut restituantur.

mm) Bethmann-Hollweg Handbuch des Civilpr. I S. 315 Note 60. 62 hält eine Verbindung des civilen und prätorischen Wegs für statthaft, aber nur wegen der lex rubria c. 22, die beide bloß im Gegensatz zum Duumvir zusammenfaßt, der nur die Personalexecution hat.

nn) Dig. XLII 3: de cessione bonorum Cod. VII 71: qui bonis cedere possunt.

oo) Nur mit Ausnahme der Infamia, die den freiwillig abtretenden Schuldner nicht trifft, und daß ihm nicht jeder künftige Erwerb, sondern nur der seine dringendsten Lebensbedürfnisse über-

die Missio so häufig bei Insolventen habe vorkommen können, man stellt sich vor, jeder insolvente Schuldner werde, wo es ihm frei stand, zu jenem Mittel gegriffen haben. Eine Erklärung hat man darin gefunden, daß nur der durch Unglücksfälle insolvent Gewordene dieses »flebile auxilium« haben sollte.[pp] Welche Bewandtniß es aber auch mit dieser Beschränkung haben möge — und so viel scheint richtig, daß die vortheilhaften Wirkungen der Cessio Bonorum von jeher einem betrüglichen Bankerutirer versagt wurden —, so ist es eine allgemeine Erfahrung, daß concursmäßige Schuldner geneigt sind, sich so lange als möglich in dem Besitz ihrer Güter zu erhalten, und auf Kosten ihrer Gläubiger zu leben, während diese letzteren eine baldige Cession für eine Wohlthat zu achten Ursache haben, und wir haben keine Veranlassung, bei den Römern eine andere Lage der Sache anzunehmen. Die Personalexecution war damals kein solches Schreckniß mehr, um dem Schuldner einen großen Eifer für die Ergreifung der Cessio einzuflößen, hatte er Güter, so konnte er voraussetzen, daß seine Gläubiger statt jener den reelleren Weg der Missio einschlagen würden, und darauf ließen es wohl die Meisten ankommen, statt sich mit zuvorkommender Abtretung zu beeilen.

Wenn wir von dem Fall einer Insolvenz des Schuldners absehen, und uns einen einzelnen Gläubiger einem ihm verurtheilten, oder geständigen, oder sonst pro damnato erachteten Schuldner gegenüber denken, dem die Mittel der Befriedigung nicht abgehen, so erscheinen die beiden jetzt dargestellten Executionsweisen als bedeutende Umwege, nicht bloß die Personalexecution, wo der Gläubiger an die Person gewiesen ist, während es ihm um einen Vermögenswerth zu thun ist, sondern auch die Venditio Bonorum, welche die ganze unter der Jurisdiction des exequirenden Magistrats befindliche Gütermasse ergreift, während vielleicht ein kleiner Theil zur Erreichung des Zwecks hinreichte; es ist auch hier mehr auf eine Drohung gegen den Schuldner abgesehen, die diesen oder einen Freund desselben bewegen soll, zu zahlen oder einzustehen.[qq] Als das tiefe und empfindliche Gefühl der persönlichen Freiheit sich verlor, das auf diese indirecten Executionsarten geführt hatte, drängte sich die gemeinverständige Betrachtungsweise hervor, welcher der Umweg thöricht erschien, wo auf eine directere und sofort zum Ziel treffende Art zu helfen war. Es sind zwei solche unmittelbare Executionsarten, die in der dritten Periode eingeführt wurden. Die eine und ältere bestand darin, daß der Magistrat durch seine Diener so viele Gegenstände abpfänden ließ, als etwa zur Befriedigung des Gläubigers hinreichten, diese pignora capta wurden dann nach Ablauf von zwei Monaten durch den Magistrat verkauft, aus dem Erlös der Gläubiger befriedigt, der

steigende abgenommen werden kann. [Thalelaeus bemerkt zu l. 11 C. de cessis, ex quibus inf. 2, 10 (Bas. 21, 3, 10), die Juristen hätten den Ausschluß der Infamie auf die (uns unbekannte) cessio ex edicto Hadriani ausgedehnt.]

pp) Diese Beschränkung läßt sich allenfalls in L. 1 C. Th. qui bonis (4, 20) finden, auf keinen Fall aber wird darin gesagt oder angedeutet, daß sie schon durch die Lex Julia selbst gemacht worden sei. [Beistimmend Bethmann-Hollweg Civilproceß II S. 689 III S. 317.]

qq) [In richtiger Erkenntniß dieser Unbeholfenheit der bonorum venditio als eines Executionsmittels versucht jetzt Dernburg (die emtio bonorum 1850) die Missio und Venditio aus dem Contumazialverfahren gegen latitirende und dingflüchtige Schuldner herzuleiten, deren Vermögen der Prätor einem neuen Herrn überwiesen hätte, weil er ihnen nicht ohne Weiteres einen Vertreter ernennen konnte (S. 154). Dann wäre es aber doch menschlicher gewesen, lieber die Vertretung zu erweitern, wenn diese wirklich so beschränkt war, was z. B. nach Cic. in Verr. II 43. 44 zu bezweifeln sein möchte. Die Vernichtung der vermögensrechtlichen Person (bona) läßt sich in der That nur aus der poena perfidiae debitorum (Gell. XX 1 § 179 n) erklären, die den anwesenden Bankerottirer so gut trifft, wie den latitirenden. R.]

Ueberschuß dem Schuldner zugestellt.[rr]) Zur Vollstreckung einer Sentenz und gegen den einer Geldschuld Geständigen wurde dieß bei weitem das gewöhnlichere Verfahren; obwohl die Missio nicht ausgeschlossen wurde, war jenes doch für den Gläubiger das bequemere. Bei einem Indefensus war es nicht anwendbar, hier blieb die Missio das ausschließliche Mittel, eben so im Fall der Insolvenz. Das andere directe Executionsverfahren betrifft die auf Restitution oder Exhibition einer Sache gerichteten Klagen. Wenn dem Beklagten durch das Arbitrium des Richters die Restitution oder Exhibition auferlegt ist, und er weigert sich dessen, so blieb nach älterem Recht nichts übrig, als ihn in den Werth, wie ihn das iusiurandum in litem bestimmte, zu condemniren, und diese Sentenz wurde dann auf die gewöhnliche Art vollstreckt. Nun aber sollte der Kläger auch eine directe Execution des Arbitriums fordern, nämlich darauf antragen können, daß dem Beklagten manu militari die Sache abgenommen und ihm zugestellt (oder vorgezeigt) werde, in welchem Fall der Beklagte dann nur noch wegen der Früchte und sonstigen Accessionen zu condemniren war.[ss]) Wahrscheinlich ist dieses Verfahren erst gegen das Ende der dritten Periode aufgekommen.

Es war bisher von der Execution einer richterlichen Sentenz und was dieser gleichsteht die Rede. Zur Vollstreckung eines Decrets hat der Magistrat, der es erlassen hat, vor allem die gewöhnlichen Mittel, die ihm sein Imperium an die Hand giebt: die Nöthigung durch Multa, Pignoriscapio, Prensio der Person. Dieß sind Zwangsmittel, keine eigentlichen Mittel der Vollstreckung: die letzteren traten ein bei der extraordinaria cognitio, wo sein Decret der Sentenz des Richters analog war. Hier nahm nun die Pignoriscapio zuerst jenen Charakter an, der vorhin in seiner Anwendung auf die Vollstreckung einer richterlichen Sentenz beschrieben worden ist.[tt]) Aber auch die ordentlichen Executionsformen wurden auf die magistratischen Decrete übertragen, dieß geht daraus hervor, daß die actio iudicati (oder wie sie genauer genannt wird quasi ex causa iudicati) daraus gegeben, und späterhin das Decret selbst oft sententia genannt wurde.[uu]) Wenn endlich im ordentlichen Verfahren von dem Prätor eine Sache addicirt wird, so wird dem Kläger, wenn die Sache in iure gegenwärtig ist, gestattet, sie mit sich zu nehmen, und so jener Ausspruch direct vollstreckt.

---

rr) L. 15 § 2 sqq. L. 31 D. de re iud. (42, 1) Cod. VIII 23: si in causa iudicati pignus captum sit. Zuerst kommt diese Anwendung der pignoris capio vor in einer Constitution des Antoninus Pius L. 31 cit. In der lex rubria wird sie noch nicht erwähnt. [Zuerst wurde, wie bei der multa (§ 53 g § 79 s), Vieh (res mobiles animales), dann Grundstücke (soli pignora), zuletzt iura genommen. Auf ersteres bezieht sich der Ausdruck pignora caedere, concidere für die Vollziehung der Execution (Crassus ap. Cic. de or. III 1 Tibull. IV 13, 17), der dem partes secare (Note n. z) entspricht. R.]

ss) Ulpian. L. 68 D. de rei vind. (6, 1). Gegen die Behauptung, daß dieses Verfahren erst der vierten Periode angehöre, und nur durch Interpolation in die Pandektenstelle gekommen sei, und eben so gegen die entgegengesetzte, daß es von Alters her gegolten habe, siehe Bethmann-Hollweg Handbuch I S. 330 ff. [Der Inscription nach bezog sich die Stelle ursprünglich auf die außerordentliche Fideicommißjurisdiction der Consuln; die allgemeine Schlußclausel wird später hinzugesetzt sein. Vgl. Wetzell Vindicationsproceß S. 126, Rudorff edictum perpetuum § 174 not. 4. R. — Bethmann-Hollweg Civilproceß II S. 698 nimmt jetzt Interpolation der L. 68 an, ebenso Burckhard Operis novi nunciatio 1871 § 39.]

tt) L. 5 § 10 D. de agnosc. lib. (25, 3) könnte auch von der Pignoriscapio als reinem Zwangsmittel verstanden werden, unzweideutig aber spricht L. 31 D. de re iud. (42, 1) von ihrer neueren Beschaffenheit, und diese Stelle ist aus einem Werk über die (extraordinariae) cognitiones genommen, ferner L. 32 § 4 D. de admin. tut. (26, 7).

uu) L. 40 pr. 41 D. de minor. (4, 4) L. 75 D. de iudic. (5, 1).

G. Rechtsmittel gegen die Sentenz.

CLXXX. Wenn eine Sentenz die Erforderniſſe nicht hat, die für ihre Gültigkeit vorgeſchrieben ſind, ſo iſt ſie nulla, ſie iſt ſo wirkungslos, wie wenn ſie gar nicht geſprochen worden, alſo nicht einmal der äußere Schein einer Sentenz eingetreten wäre, jedem, der ſie geltend machen will, kann ihre Nichtigkeit entgegengeſetzt werden.[a]) Außer den ſchon oben (§ 175) vorgekommenen Gründen der Nichtigkeit gehören dahin: der Mangel eines gehörig beſtellten Judiciums, ſei es, daß der Beſteller oder der Richter unfähig, oder die Beſtellung ſelbſt ungültig war,[b]) ferner daß eine Partei zur Zeit der Sentenz handlungsunfähig oder ſchon geſtorben war, ohne daß ſie einen gehörig beſtellten Vertreter hatte,[c]) daß eine Perſon condemnirt oder abſolvirt iſt, die den Proceß nicht geführt hat.[d]) In einem Fall aber wird die Sentenz durch das bloße Stillſchweigen der beſchwerten Partei gültig: wenn ſie nicht gebührend gehört oder in ihrer Abweſenheit die Sentenz geſprochen worden iſt. Hier muß ſie daher ſofort nach erlangter Kenntniß von dieſem Vorgang eine Proteſtation (querela) einlegen, außerdem wird ſie als zuſtimmend, und darum die Sentenz als gültig erachtet.[e])

Eine gültige Sentenz, in der von dem Recht vorgeſchriebenen Art nach Ordnung des Judiciums zu Stande gekommen, war bis zu den Neuerungen, welche die dritte Periode auch über dieſen Punkt des Rechts brachte, unabänderlich wie ein Rechtsgeſchäft oder eine andere mit rechtlichen Wirkungen verſehene Thatſache. Nur einer Möglichkeit der Anfechtung war ſie ſo wenig, als andere civilrechtlich gültige Acte enthoben: der in integrum restitutio, wenn eine iusta causa dafür vorhanden war. Nicht bloß gegen eine unbillige Ordination des Judiciums (gegen die Litisconteſtatio) fand ſie Statt, wenn eine iniqua formula gegeben war, auf zu viel oder zu wenig, oder mit Verſäumung einer Exceptio (§ 167. 170), oder wenn ein Minderjähriger leichtſinnig eine Klage übernommen, und ſich dadurch der Strafe des Leugnens oder einem andern Nachtheil ausgeſetzt hatte, den er durch zeitige Nachgiebigkeit hätte vermeiden können,[f]) ſondern auch gegen die res iudicata, und hier wieder nicht allein, wenn die Unbilligkeit der Sentenz in der Formel liegt, ſondern auch, wenn der Richter die ſelbſtändige Urſache der Läſion iſt. So kann ein Minderjähriger gegen eine ihm ungünſtige Sentenz, natürlich die ſonſtigen Erforderniſſe der Reſtitution vorausgeſetzt, reſtituirt werden,[g]) ein Großjähriger wegen Abweſenheit,[h]) Dolus,[i]) und andern Gründen der Reſtitution für Großjährige.

---

a) Dig. XLIX 8: quae sententiae sine appellatione rescindantur. Cod. VII 64: quando provocare non est necesse.

b) Vgl. § 151—154 Cod. VII 48: si a non competente iudice iudicatum esse dicatur. Es war vorgekommen, daß ein aus der Provinz entlaufener Sclave in Rom Prätor geworden war, man nahm in Erwägung der Verwirrung, die durch die Nichtigkeit ſeiner Acte entſtehen müßte, ihre Gültigkeit an L. 3 D. de off. praet. (1, 14). Eben ſo reſcribirt Caracalla für die Sentenz eines Richters, der zur Zeit des Proceſſes im unbeſtrittenen factiſchen Zuſtand der Freiheit ſich befand L. 2 C. de sent. omn. iud. (7, 45).

c) L. 9. 59 § 3 D. de re iud. (42, 1) L. 2 D. quae sent. sine app. (49, 8).

d) L. 1 C. de sent. omn. iud. (7, 45).

e) L. 3 C. quomodo et quando iudex (7, 43).

f) L. 9 § 2 D. de minor. (4, 4).

g) L. 42 D. de minor. (4, 4) (— quod appellatio interposita maioribus praestat, hoc beneficio aetatis consequuntur minores). L. 7 § 12 L. 28. 29 § 1 L. 44. 46 eod. L. 1 C. si adversus rem iudicatam restit. postuletur (2, 26).

h) L. 7 § 12 D. de minor. (4, 4).

i) Paul. V 5 a, 10 (falsis instrumentis religione iudicis circumducta L. 33 D. de

Es ist kein Grund, zu zweifeln, daß diese Restitution auch schon vor der dritten Periode zulässig gewesen und vorgekommen sei.[k]) Die Folge der Restitution ist die Rescission des Urtheils, und daher die Wiederherstellung des Zustandes, wie er vor demselben war, bei der Restitution gegen eine richterliche Sentenz wird daher die Möglichkeit eines neuen Judiciums eröffnet; wird gegen eine von dem Magistrat im Weg des außerordentlichen Verfahrens gegebene Entscheidung restituirt, so giebt der restituirende Magistrat selbst sofort eine andere an der Stelle der aufgehobenen.

Gegen die beschwerende Verfügung eines Magistrats gab es noch eine andere Hülfe. Sie beruht auf dem Recht gleichstehender und höherer Magistrate und der Tribunen, gegen eine solche Verfügung zu intercediren, und sie durch ihr Verbot wirkungslos zu machen. Der Beschwerte konnte diese Hülfe anrufen, appellare, worauf der Angerufene entschied, ob er von seinem Interceßionsrecht zu seinen Gunsten Gebrauch machen wollte oder nicht. Diese Intercession fand vielfach Anwendung bei der Civilrechtspflege,[l]) ein bestimmtes Verfahren war nicht dafür vorgeschrieben. Die Intercession der Tribunen hatte nur die Folge, daß der Act, gegen den sie erfolgte, cassirt wurde, eine andere Verfügung an die Stelle der cassirten zu setzen, blieb dem Decernenten, gegen den die Tribunen angerufen waren, vorbehalten; war ein Prätor gegen die Verfügungen eines andern angerufen, so konnte von diesem, wenn der Rechtsstreit an ihn gebracht ward, zugleich selbst die Sache vorgenommen und erledigt werden. Für diese Hülfe war in Rom durch die Anwesenheit der Tribunen und anderer Magistrate reichliche Gelegenheit gegeben, in den Provinzen fehlte es daran, da es neben dem Prätor keinen Magistrat daselbst gab, der das Recht der Intercession gegen jenen gehabt hätte. Die Sentenzen der Richter waren diesem Einschreiten gänzlich entnommen, sie konnten vor der dritten Periode

re iud. (42, 1) Cod. VII 58): si ex falsis instrumentis vel testimoniis iudicatum sit. Auch die exceptio oder replicatio doli findet gegen die Berufung auf eine durch Dolus veranlaßte Sentenz Statt und Zurückforderung des Gezahlten L. 11 D. de except. (44, 1) L. 4 C. si ex falsis instr. Hierher gehört auch die Bestechung des Richters, die Imperatoren haben constituirt, daß gegen eine dadurch erlangte Sentenz in integrum restitutio nicht nöthig sein sollte L. 7 C. quando prov. (7, 64).

k) Verres erließ ein besonderes Edict, worin er in integrum restitutio gegen richterliche Sentenz versprach Cic. Verr. II 13. 23 (vgl. § 67 Note i). Diese besondere Ankündigung war für die Rechtssicherheit gefährlich, sie forderte jeden auf, sich an den Prätor zu wenden, und von dessen Willkür eine Rescission des ungünstigen Urtheils zu hoffen. Ueberdieß hatte jener noch eine Drohung gegen die Richter, deren Urtheile er unrichtig befinden würde, hinzugefügt. Darum sagt Cicero: quo edicto omnia iudicia redegerat in suam potestatem. Daß die Restitution gegen Sentenzen überhaupt damals etwas unerhörtes gewesen sei, ist daraus nicht zu entnehmen.

l) Beispiele der Appellation: gegen die Conception der Formel Cic. pro Tull. 38 Ascon. in orat. in toga cand. (Orell. p. 84), vgl. § 67 Note a, gegen die Auflage einer Caution Cic. pro Quint. 20, gegen die Fortsetzung eines Judiciums Cic. pro Cluent. 27, gegen Verfügungen in Cognitionen extra ordinem Gell. VII 19, cf. Liv. XXXVIII 60 [gegen Hindernisse der Execution Val. Max. VI 5. R.]. In allen diesen Fällen waren Tribunen appellirt worden, von der Intercession des Collegen gegen die Verfügungen eines Prätors spricht Cic. Verr. I 46. [Caesar de bell. civ. III 20. Vgl. jetzt Savigny System VI (1847) Beil. XV Appellatio und provocatio, Mommsen Staatsrecht I (1876) S. 261 ff. Bisher unbekannte Beschränkungen des Interceßionsrechts ergiebt die latinische Gemeindeordnung Lex Flavia Salp. c. 27: IIviris inter se et cum aliquis alterutrum eorum aut utrumque ab aedile aedilibus aut quaestore quaestoribus appellabit; item aedilibus inter se item quaestoribus inter se intercedendi *in triduo proximo quam appellatio facta erit poteritque intercedi, quod adversus hanc legem non fiat et dum ne amplius quam semel quisque eorum in eadem re appelletur*, ius potestasque esto. rel. Mommsen Stadtr. 432. Die Beschränkung der Interceßionsbefugniß auf ein triduum und einmalige Ausübung in derselben Angelegenheit war den römischen Magistraten durch kein Gesetz aufgelegt. A. M. Keller C. Pr. § 82. R.]

so wenig wie ein unter den Parteien geschlossenes Rechtsgeschäft durch Appellation angefochten werden.

CLXXXI.*) Es ist eine der bedeutendsten Veränderungen, welche die Entstehung des Principats mit sich gebracht hat, und ein erster Schritt zum späteren Untergang des alten Ordo Iudiciorum, daß in die tribunicia potestas des Princeps das Recht gelegt wurde, gegen Sentenzen der Richter, selbst oder durch Bekleidung anderer Behörden mit dieser Befugniß, einzuschreiten. Daß an den Princeps gegen die Verfügungen aller Magistrate appellirt werden konnte, während umgekehrt gegen die seinigen keine Intercession zulässig war, daß ferner der Princeps als ein überall gegenwärtiger Tribun betrachtet wurde, und daß man ihn daher auch im ganzen Reich, auch in den Provinzen anrufen konnte, das war eine bedeutende äußere Veränderung, die sich aber doch noch vollkommen in die bisherige Ordnung einfügen ließ. Den Princeps aber in den Stand setzen, Appellationen gegen richterliche Sentenzen anzunehmen, und diese, nicht auf dem außerordentlichen Weg der In Integrum Restitutio aus den für diese bestehenden Gründen, sondern ordentlicher Weise und lediglich aus dem Gesichtspunkt, ob das Urtheil des Richters ein richtiges sei, seiner Cognition unterwerfen, setzte eine Entfernung von der alten Ansicht über die Stellung des Iudex voraus, die den Keim einer gänzlichen Umgestaltung des Processes in sich trug. Es setzte voraus, daß man den Iudex selbst als eine Art von Beamten, die Bestellung desselben als eine Uebertragung magistratischer Functionen durch den bestellenden Magistrat, als eine Delegation an einen Gehülfen sich zu denken anfing, dessen Acte sodann derselben Anfechtbarkeit, wie die des Magistrats selbst unterworfen waren. Es ist damit nicht gesagt, daß dieser Gedanke sich sofort in der ganzen Existenz des Iudex wirksam erwiesen habe, vielmehr hielten die römischen Juristen in andern Punkten, wo es irgend zulässig war, an der alten Stellung des Iudex und an dem Unterschied der datio iudicis und der delegatio fest (§ 151), erst gegen das Ende der dritten Periode begann er einen allgemeineren Einfluß zu erhalten, und schlug in der vierten zu Aufhebung der alten Ordnung aus. Dessenungeachtet ist es nicht weniger wahr, daß das Institut der Appellation, wie es sich in der dritten Periode ausbildete, unter dem, wenn auch noch vereinzelten, Einfluß jenes Gedankens entstanden ist.

Die Appellation, wie sie schon bisher gegen Verfügungen der Magistrate stattgefunden hatte, zu ordnen, dazu sah schon August sich durch die Ungerechtigkeiten in der Rechtspflege, die in den letzten Zeiten der freien Republik überhand genommen hatten, veranlaßt. In den Provinzen zumal hatte eine Erfolg versprechende Hülfe bisher gar nicht bestanden, niemand konnte die Möglichkeit der Anklage gegen einen pflichtvergessenen Regenten für ein Mittel halten, die Nachtheile einer schlecht von ihm geführten Justizverwaltung wieder gut zu machen und den davon Betroffenen zu ersetzen. Aber auch in Italien und in Rom selbst wurde es Bedürfniß, durch eine feste Ordnung die Hülfe zugänglicher und sicherer zu machen. So stellte daher August das Princip der Möglichkeit einer Appellation von allen Behörden des Reichs an den Princeps auf, er delegirte die Appellationssachen für Rom dem Präfectus Urbi, für die Provinzen Consularen, so daß jede Provinz einen Consularis in Rom als Appellationsrichter hatte,[a]) ohne Zweifel machte er auch über das Appellationsver-

*) [Vgl. Mommsen Staatsrecht II (1877) S. 920 ff.]

a) Sueton. Octav. 33 vgl. Dio Cass. LII 21. 33. Es war einer der vorübergehenden

fahren selbst Festsetzungen. Wie an den Princeps, so wurde auch eine Appellation an den Senat eingeführt, vielleicht für die Appellationen von den magistratus populi, Nero stellte sie denen an den Princeps gleich.[b]) Ob nun von August schon die Appellation von Sentenzen der Judices eingeführt wurde, ist ungewiß, wahrscheinlich hat man sich anfangs hier noch damit begnügt, daß eine Abhülfe auf dem Weg der In Integrum Restitutio bei dem Magistrat, der den Richter bestellt hatte, zu erlangen war. Dieß hätte aber dahin führen müssen, die wahren Bedingungen der Restitution zu überschreiten, die Ungerechtigkeit der Sentenz selbst schon als eine iusta causa restitutionis zu behandeln, und so in der That unter dem Schein der Restitution zur Verwirrung der Begriffe eine wirkliche Appellation geltend zu machen. Deshalb kam man bald dahin, neben den Restitutionen, indem man diese auf ihre wahren Bedingungen beschränkte, eine wahre Appellation von dem Judex an den Magistrat, der ihn bestellt hatte, einzuführen, eine Appellation, die zur Zeit Marc Aurel's in entschiedener Gültigkeit bestand.[c])

Neben der Appellation wird in einem Rescript Alexander's das in duplum revocare erwähnt,[d]) dieselbe Zusammenstellung findet sich bei Paulus.[e]) Die actio iudicati gehört zu den Klagen, die infitiatione duplantur (§ 179 Note d); wenn es der Beklagte zu einer neuen gerichtlichen Verhandlung über diesen Anspruch treibt (§ 179 Note c), so wird er in das Doppelte condemnirt. Dieses allein und schlechthin kann aber mit jenem revocare in duplum nicht gemeint sein, denn es würde sich nicht mit dem Rechtsmittel der Appellation haben zusammenstellen lassen, auf der andern Seite aber sind wir durch nichts veranlaßt, einen materiellen Unterschied zwischen jener Anfechtung der Sentenz gegenüber der actio iudicati, und dieser revocatio in duplum anzunehmen, so daß diese aus andern Gründen als jene, etwa wegen Ungerechtigkeit der Sentenz wie die Appellation, hätte geschehen können. Das Eigenthümliche der Revocatio als eines besonderen Rechtsmittels lag eben nur darin, daß in den Fällen, wo er die Ungültigkeit des Urtheils behauptet, der Condemnirte nicht die actio iudicati abzuwarten braucht, um sodann diesen Einwand dagegen vorzubringen, sondern daß er die Frage der Ungültigkeit selbständig zur gerichtlichen Entscheidung bringen kann, wobei er aber natürlich, wenn gegen ihn entschieden wird, derselben Strafe des Duplums unterliegt, die ihn bei der Anfechtung der Sentenz auf die actio iudicati trifft. Dieß ist das Rechtsmittel der revocatio in duplum, welches also formell mit der Appellation verglichen werden kann, das aber materiell ganz anderer Art ist, da es nicht auf die Ungerechtigkeit, sondern auf die Ungültigkeit der Sentenz sich gründet. Man könnte es eine Nichtigkeitsbeschwerde nennen, nur daß es nicht als ein nothwendiges Mittel, die Nichtigkeit der Sentenz geltend zu machen, vorgeschrieben, sondern bloß eine Concession an den Condemnirten war, der vielleicht Grund

---

Einfälle Caligula's, daß er am Anfang seiner Regierung die republikanische Unabhängigkeit der Magistrate wiederherstellen wollte und die Appellation an den Princeps aufhob Sueton. Calig. 16.

b) Tac. annal. XIV 28: — auxitque patrum honorem statuendo, ut qui a privatis iudicibus ad senatum provocavissent, eiusdem pecuniae periculum facerent, cuius ii qui imperatorem appellavere. nam antea vacuum id solutumque poena fuerat. [Vgl. Mommsen a. a. O. S. 99 f.]

c) L. 1 pr. 3 D. quis a quo appelletur (49, 3) L. 1 § 3 D. de appell. (49, 1).

d) Cod. Greg. lib. X tit. quibus res iudicata non noceat, 1: — eum qui per contumaciam absens condemnatur, nec appellationis auxilio uti, aut in duplum revocare posse.

e) Paul. sent. V 5 a, 6. Er sagt, diese Revocatio finde keine Anwendung auf eine Confessio l. c. § 7, und sie falle gegen die Sentenz post longum tempus weg l. c. § 8.

hatte zu wünschen, daß die Frage früher, als sein Gegner durch Anstellung der actio iudicati selbst Anlaß dazu gab, verhandelt und entschieden werden möchte. Daß dieses Rechtsmittel im justinianischen Recht nicht mehr vorkommt, erklärt sich daraus, daß die actio iudicati nicht mehr auf das Duplum geht, unter diesen Umständen schien es unpassend, die revocatio in duplum beizubehalten. Dem Fiscus, wenn er verurtheilt worden war, stand die Nichtigkeitsbeschwerde ohne eine solche Strafe zu, sie trug daher hier einen andern Namen, den der retractatio, und diese kommt noch im justinianischen Recht vor, ist aber, wenn nicht ein Dolus dem Gegner zur Last fällt, auf die Zeit von drei Jahren beschränkt.[f])

Wir kehren zur Appellation zurück, über welche im Lauf der dritten Periode folgende Ordnung sich bildete.[g])

Die Appellation ist das Rechtsmittel, durch welches die Aufhebung und Abänderung einer an sich gültigen richterlichen Verfügung durch ein höheres Gericht wegen Ungerechtigkeit derselben verlangt wird. Durch die Möglichkeit dieses Rechtsmittels verliert das einzelne Gericht die isolirte Stellung, durch die ein Rechtsstreit seiner Entscheidung gänzlich und allein hingegeben ist, es wird Glied einer Reihe, deren successive Thätigkeit erst das Resultat definitiver Erledigung des Rechtsstreits hervorbringt; diese Eigenschaft, Glied dieser Reihe zu sein, drückt das Wort Instanz aus. Der Instanzenzug ist so geordnet, daß von dem Judex an den ihn bestellenden Magistrat appellirt wird, von den Municipalmagistraten an den Prätor in Rom, oder den Juridicus (§ 92), oder den Vorsteher der Provinz, von diesen höheren Magistraten an den Senat oder an die, welchen der Princeps seine höchste Jurisdiction aufgetragen hat. Von diesen kann aber zuletzt noch an die Person des Princeps appellirt werden.[h]) Dieß letztere ist eigentlich gegen den Grundsatz, daß der Delegirte die Stelle der Delegirenden vertritt, also von jenem nicht an diesen, so wenig als von einer Behörde an sie selbst appellirt werden kann,[i]) die Ausnahme aber erklärt sich dadurch, daß jener Auftrag des Princeps den Charakter der Uebertragung eines Amts annahm, wie auch bei den legati Caesaris, und dieß wurde nachher auch auf die Legati der Proconsuln übertragen, so daß von jenen an diese appellirt werden kann.[k]) Das Verfahren in der Appellationsinstanz ist stets eine extraordinaria cognitio, die Behörde, an welche appellirt wird, untersucht und entscheidet durch Decretum, ohne daß ein Judicium angeordnet wird. Durch das Decret wird die Beschwerde entweder verworfen (iniustam esse appellationem) und die Sentenz bestätigt, oder für gegründet erklärt und hiernach die Sentenz abgeändert. Die Appellation selbst schon hat die Wirkung, daß bis zur Entscheidung derselben der gegenwärtige Zustand aufrecht zu erhalten ist, daher z. B. die Sentenz, gegen die appellirt worden, nicht vollstreckt werden darf (Suspensiveffect der Appellation).[l])

War nun durch das Institut der Appellation eine allgemein zugängliche Hülfe gegen ungerechte Verfügungen geöffnet, so lag die Möglichkeit eines

---

f) Cod. X 9: de sententiis adversus fiscum latis retractandis.

g) Vgl. Paul. sent. V 32—37 Dig. XLIX 1—13.

h) L. 38 D. de minor. (4, 4) enthält einen Rechtsfall, in welchem in erster Instanz der Prätor, in zweiter der Präfectus Urbi gesprochen hatte, und der nun der kaiserlichen Entscheidung vorlag.

i) L. 1 § 1 D. quis a quo appelletur (49, 3).

k) L. 2 D. eod. vgl. § 151 a. E.

l) Dig. XLIX 7: nihil innovari appellatione interposita.

Mißbrauchs derselben zur Chikane und nachtheiligen Verzögerung so nahe, als daß man nicht bald Beschränkungen für nothwendig hätte erachten sollen. Diese Beschränkungen bestehen zum Theil darin, daß gewisse Rechtssachen und gewisse Verfügungen von der Appellation ausgenommen sind. Vor allem setzt die Appellation ihrer Natur nach voraus, daß die Verfügung um ihrer Ungerechtigkeit willen angefochten werden kann, und dieß auch der Grund der Beschwerde sei. Die Appellation ist nicht denkbar gegen eine Confessio, welche die Stelle eines Urtheils vertritt, der Confessus hat sich selbst verurtheilt, und kann sein eignes Urtheil nicht anfechten,[m]) dasselbe mußte von einem Eid gelten, der die Stelle der Sentenz einnimmt (§ 173).[n]) Der in contumaciam Verurtheilte kann nicht appelliren, weil das Urtheil als Strafe seines Ungehorsams zu betrachten ist.[o]) Ferner ist die Appellation unstattstaft gegen die nothwendigen Folgen eines Urtheils, also gegen die Execution (ihre Ordnungsmäßigkeit vorausgesetzt), wenn das Urtheil selbst nicht angefochten wird, oder werden kann,[p]) eben so wenn sie nicht auf die Ungerechtigkeit der Verfügung, sondern auf die der Rechtsvorschrift, die dadurch ausgeführt werden soll, gegründet wird.[q]) Appellationen, bei denen es der Beschaffenheit der Sache nach nur auf eine Verzögerung abgesehen ist, da die fragliche Verfügung selbst nur die Beseitigung eines nachtheiligen Verzugs zum Zweck hat, sind unzulässig.[r]) Bei der Appellation an den Princeps war eine gewisse Summe als Betrag des Streitgegenstandes vorausgesetzt.[s]) Endlich setzt die Appellation die Existenz eines höheren Gerichts voraus, von der Entscheidung des Princeps und des Senats kann nicht appellirt werden; diese Eigenschaft kann der Princeps der von ihm zur Entscheidung eines einzelnen Falles bestellten Behörde durch ausdrückliche Anordnung, daß keine Appellation von ihr stattfinden solle, geben; auch durch vorausgehenden Verzicht der Parteien kann derselbe Erfolg herbeigeführt werden.[t])

Auch in dem für die Appellation vorgeschriebenen Verfahren, und den dabei einzuhaltenden Fristen, durch deren Versäumung sie verloren geht, liegt eine Beschränkung derselben. Sie kann sofort bei der Fällung des Urtheils mündlich interponirt werden,[u]) oder schriftlich durch einen libellus appellatorius, in welchem der Appellant und die Sentenz, gegen die appellirt wird, bezeichnet sein muß,[v]) dieß muß geschehen innerhalb zwei Tagen von dem, der in eigenem Interesse appellirt (auch wenn jemand in dem Proceß nicht selbst Partei war, aber durch die Sentenz irgendwie betroffen wird, kann er appelliren), innerhalb drei Tagen von dem, der in fremdem Interesse, z. B. als Procurator, handelt.[w]) Ist die Appellation angenommen (gegen eine Verweigerung kann bei dem höhe-

---

m) Paul. sent. V 35, 2.

n) Justinian hat dasselbe von einer Sentenz festgesetzt, die auf einen deferirten Eid sich gründet L. 12 § 1 C. de rebus cred. (4, 1); nach altem Recht hatte ein solches iusiurandum in iudicio einen andern Charakter s. § 174 u.

o) Paul. sent. V 5 a, 5 L. 1 C. quorum appellationes non recipiuntur (7, 65) u. a.

p) Paul. sent. V 35, 2 L. 4 pr. § 1 D. de appell. (49, 1).

q) L. 7 § 1 D. de appellation. recipiendis vel non (49, 5): item si ex perpetuo edicto aliquid decernatur, id quo minus fiat non permittitur appellare.

r) L. 7 pr. D. eod. Paulus (V 35, 2) nennt sie moratoriae appellationes.

s) Darauf deutet L. 10 § 1 D. de appell. (49, 1).

t) Dig. XLIX 2: a quibus appellari non licet.

u) L. 2. 5 § 4 D. de appell. (49, 1).

v) L. 1 § 4 L. 3 D. eod.

w) L. 5 § 4 L. 20 D. eod. Dig. XLIX 4: quando appellandum sit et intra quae tempora.

ren Richter Beschwerde geführt werden),[x]), so hat der Appellant binnen fünf Tagen den Richter um die literae dimissoriae oder apostoli anzugehen, wodurch dieser dem Appellationsrichter die eingelegte Appellation anzeigt,[y]) und hat dieselben in gesetzlicher Frist dem Appellationsrichter nebst den Acten einzuliefern,[z]) mit dieser Einführung der Appellation beginnt ihre Verhandlung vor dem höheren Richter.[aa]) Wird die Appellation als unbegründet befunden, so muß der Appellant nicht bloß dem Gegner die ihm verursachten Kosten vierfach ersetzen,[bb]) sondern er muß auch den dritten Theil des Werths vom Streitobject als Strafe zahlen, und wegen dieses Succumbenzgeldes durch Bürgen oder durch Deposition binnen fünf Tagen nach Empfang der Apostel caviren,[cc]) eine Maßregel, von welcher am ersten eine Unterlassung muthwilliger Appellationen zu hoffen war.

Durch die Möglichkeit der Appellation ist der Begriff der Rechtskraft einer Sentenz als ein von dem der Gültigkeit verschiedener entstanden. Ein Urtheil kann gültig, und doch nicht rechtskräftig sein, d. h. nicht die Wirkungen der res iudicata haben. Rechtskräftig ist ein Urtheil dann, wenn es gültig und keine Appellation mehr gegen dasselbe statthaft ist.

---

x) L. 5. 6 D. de appell. recipiend. (49, 5).

y) Dig. XLIX 6: de libellis dimissoriis qui apostoli dicuntur. Paul. sent. V 34: de dimissoriis literis.

z) l. 5 C. de appell. (7, 62).

aa) Paul. sent. V 35: de reddendis causis appellationum.

bb) Paul. sent. V 37.

cc) Paul. sent. II 33: de cautionibus et poenis appellationum.

Zweites Kapitel.

Geschichte des Civilprocesses in der vierten Periode.[a])

A. Untergang des Ordo Iudiciorum.

CLXXXII. Die alte Ordnung des Verfahrens, wonach auf der einen Seite zwischen dem Recht und dem dasselbe anwendenden Richter der Magistrat vermittelnd stand, auf der andern Seite der Richter zwischen dem einzelnen Bürger und der magistratischen Gewalt, war schon in der dritten Periode durch die Vermehrung der extraordinariae cognitiones, und wie wir zuletzt gesehen haben, auch durch das Institut der Appellation durchbrochen worden, unter Diocletian wurde sie ganz beseitigt. Von da an konnte man sagen, alle Iudicia seien extraordinaria.[b]) Ein Gesetz Diocletian's v. J. 294 enthielt wahrscheinlich umfassende Bestimmungen über diesen Gegenstand. Wir besitzen davon nur einen Auszug im justinianischen Codex,[c]) der die Präsides anweist, sich überall als die untersuchenden und entscheidenden Gerichtsbehörden zu betrachten. Nur wo sie mit gerichtlichen oder Geschäften anderer Art so überhäuft seien, daß ihnen die eigene Untersuchung und Entscheidung aller Processe unmöglich werde, sollte ihnen erlaubt sein, iudices pedanei (§ 154 a. E.) zu bestellen, immer aber auch hier so, daß die Rechtssachen, welche schon nach früherem Recht extra ordinem behandelt wurden, und namentlich auch die Freiheits- und Ingenuitätsprocesse, ihrer eigenen Cognition verbleiben müßten. Julian erlaubte 362 überhaupt, die geringfügigeren Sachen solchen zu bestellenden Richtern zu überlassen.[d]) Diese Gesetze sind nicht so zu verstehen, als wenn nach ihnen der Ordo Iudiciorum, nur sehr beschränkt, hätte fortdauern

---

a) (Vgl. Wieding der justinianische Libellproceß Wien 1865, Bethmann-Hollweg Civilproceß III 1866, Bekker Actionen II S. 212 ff.]

b) § 8 I. de interd. (4, 15): — quotiens extra ordinem ius dicitur, qualia sunt hodie omnia iudicia —. pr. I. de success. subl. (3, 12).

c) L. 2 C. de pedaneis iudicibus (3, 3). [Dazu gehören wohl noch L. 1 C. de dilationibus (3, 11) L. 8 C. de exsec. rei iud. (7, 53) L. 6 C. de appellationibus (7, 62).]

d) L. 5 C. de ped. iud. (3, 3) [vollständiger in C. I. L. III 459: Oboriri solent nonnullae controversiae, quae notionem requirant et examen iudicis celsioris. Tum autem quaedam negotia sunt, in quibus superfluum sit, moderatorem exspectare provinciae. Quod nobis utrumque pendentibus rectum admodum visum est, ut pedaneos iudices, id est eos, qui negotia humilia disceptent, constituendi daremus praesidibus potestatem. Ita enim et sibi partem curarum ipsi de*minuent* et tamen nihilo minus quasi sibi hoc munus administrabunt, cum illi, quos elegere, administr*averint*. Cuius rei constitu*endae munus* ad tuae eminen*tiae spectat curam*. *Ad ex*cellentiam tuam *igitur mi*simus per eun*dem* . . .]

sollen. Die Meinung war keineswegs die, daß in jenen Rechtssachen ein zwischen dem Magistrat und dem Judex getheiltes Verfahren stattfinden sollte, vielmehr wurde der ganze Proceß, ohne maßgebende Vorbereitung durch den Magistrat, dem iudex pedaneus delegirt. Auch hier also war das Verfahren ein außerordentliches im Sinne des älteren Rechts, nur daß der Magistrat statt seiner eine andere Person substituirte.

B. Gerichtsverfassung.

CLXXXIII. Die Justiz wird durch Behörden verschiedener Art verwaltet.[a] Vor allem sind es kaiserliche Beamte, in verschiedener Abstufung und Unterordnung, für diese wird vorzugsweise der Ausdruck iudices gebraucht; sie sind theils iudices civiles, theils iudices militares (§ 125). Außer diesen giebt es noch städtische Gerichte, welche nun ausschließlich als magistratus bezeichnet werden (§ 123), sie sind den kaiserlichen Behörden subordinirt. Endlich ist auch den geistlichen Behörden eine exceptionelle, aus der Stufenleiter der Gerichte heraustretende Gerichtsbarkeit beigelegt (§ 126). Ueber allen diesen Richtern steht der Kaiser als oberster Richter, an welchen Rechtssachen theils durch ein Rechtsmittel gegen Urtheile unterer Instanzen (§ 187), theils auch sonst gebracht werden können durch Supplik der Parteien oder Bericht des Richters (§ 178). Diese letzteren Anfragen, wodurch die Behörden in zweifelhaften Sachen dem Kaiser die Entscheidung überließen, hat Justinian in einer Novelle verboten,[b] auf Parteisupplicationen pflegten die Kaiser durch Rescript einen Richter zu bestellen, dem sie die Untersuchung und Entscheidung übertrugen.

Nicht bloß vermöge eines Amts, mit welchem die Jurisdiction verknüpft ist, kann jemand zu richterlichen Functionen berufen sein, sondern auch durch einen Auftrag von Seiten einer solchen Behörde. Die Befugniß aber, die Jurisdiction zu mandiren, die nach dem Staatsrecht der Republik in Beziehung auf die Civilrechtspflege unbeschränkt den Magistraten zustand, war schon in der dritten Periode beschränkt worden, und wurde jetzt in der alten Art ganz aufgehoben. Man verlangte von dem Beamten, daß er sein Amt selbst versehe, den Umfang seiner Geschäfte glaubte man so bestimmt zu haben, daß das Bedürfniß einer Aushülfe für ganze Zweige der Verwaltung in der Regel nicht existirte, und am wenigsten wäre man geneigt gewesen, die Bestellung eines solchen regelmäßigen, ihn vertretenden Gehülfen seinem Gutdünken zu überlassen. War er wirklich zeitig verhindert, sein Amt zu verwalten, so bestellte der Kaiser oder der Präfectus Prätorio einen interimistischen Verweser, vices agens,[c] bei den städtischen Obrigkeiten wurden diese Stellvertreter wahrscheinlich unter Mitwirkung des Präses Provinciä ernannt, nur bei den Provincialregenten, die noch den alten Titel Proconsul führten, hatte man als eine herkömmliche Einrichtung die Legaten und den Begriff der mandata iurisdictio beibehalten, und sie kommt bei ihnen noch in der justinianischen Gesetzgebung vor, nur hatten sich die alten Grundsätze auch hier schon in der dritten Periode bedeutend modificirt, so daß der Legat als eine eigene dem Proconsul untergeordnete Behörde erschien (§ 151 a. E.). Dagegen wurde es sehr häufig, daß die Behörden für einzelne Rechtssachen Commissarien bestellten, deren Func-

a) Vgl. zu dem Folgenden § 121 ff., wo eine nähere Darstellung dieser Behörden gegeben ist.
b) Nov. 125, wahrscheinlich v. J. 544.
c) Cod I 50: de officio eius, qui vicem alicuius iudicis vel praesidis obtinet.

tion sich auf den einzelnen ihnen zur Untersuchung und Entscheidung übertragenen Rechtsstreit beschränkte; dieß ist unter den Ausdrücken iudicem delegare, causae delegatio zu verstehen. Dahin gehört denn auch die Bestellung eines iudex pedaneus (§ 182), die den unteren Behörden unter Umständen gestattet war. Auf diese Weise suchte man die Zumuthung an die Beamten, ihr Amt in seinem ganzen Umfang auch wirklich selbst zu besorgen, mit der factischen Unmöglichkeit, dafür die nöthige Zeit zu finden, auszugleichen. Mit der alten mandata iurisdictio ließ sich diese Delegation nicht wohl vergleichen, eher, wenigstens für die Vorstellungen der damaligen Zeit, mit der alten iudicis datio, und so konnten die Verfasser der justinianischen Pandekten Stellen, die von den Judices in dem ordo iudiciorum privatorum handelten, aufnehmen, indem sie nunmehr auf jene iudices delegati bezogen wurden.

Bei jedem Gericht ist eine Anzahl Advocaten (iuris periti, scholastici, viri disertissimi) angestellt, die in einer Matrikel verzeichnet sind.[d]) Die Zahl ist gesetzlich bestimmt, so für das Gericht des Präses Provinciä auf dreißig, sie steigt bis zu dem des Präfectus Prätorio auf hundert bis hundert und funfzig. Die immatriculirten Advocaten eines Gerichts (statuti) bilden eine Corporation, in der die Glieder nach und nach aufrücken bis zur ersten Stelle, die der advocatus fisci einnimmt, und aus welcher man sodann in den höheren Staatsdienst übergeht. Außer diesen giebt es aber noch supernumerarii, welche die Anwartschaft auf das Einrücken in das Collegium haben. Die Advocaten werden von dem Richter angestellt, über die Fähigkeit aber zur Advocatur bestehen theils die alten Vorschriften aus dem prätorischen Edict de postulando, theils neue, wohin namentlich die Nachweisung des gesetzlichen Rechtsstudiums und der Erwerbung der nöthigen Kenntnisse durch eidliche Zeugnisse der Lehrer gehört. Die Honorarien sind gesetzlich bestimmt, wenigstens so, daß ein Maximum derselben theils für einzelne Handlungen, theils für die Dienstleistungen in einem Rechtsstreit überhaupt vorgeschrieben ist.[e]) Der Dienst der Advocaten bestand übrigens bloß in den mündlichen Anträgen und Ausführungen, die Abfassung der Proceßschriften war nicht ihre Sache, sondern die der Tabelliones (forenses, pragmatici), der für die Abfassung von Urkunden über Rechtsgeschäfte und sonstiger Rechtsschriften concessionirten Personen.[f])

Die frühere Oeffentlichkeit des Verfahrens wurde immer mehr beschränkt. Zuletzt wurden die Gerichtssitzungen ausschließlich in dem secretarium, einem geschlossenen Gemach, zu welchem das Volk keinen Zutritt hatte, gehalten. Nur die mit einer Dignität Bekleideten hatten außer den Parteien und ihren Beiständen das Recht, den Sitzungen beizuwohnen. Doch geschah es noch zuweilen, daß die Wand oder der Vorhang, wodurch das Secretarium gegen die dem Volk zugänglichen Räume abgeschlossen war, entfernt und die Verhandlung dem Volk sichtbar gemacht wurde.

Die Einführung des Christenthums veranlaßte, unter Beibehaltung der schon von Marc Aurel (§ 158 a. E.) befolgten Maxime, die Gerichtstage zu vermehren, eine Reform der feriae. Ein Gesetz von Valentinian II vom J. 389 ordnete darüber folgendes an.[g]) Als Regel wurde ausgesprochen, daß alle Tage iuridici sein sollten. Ausnahmen sollten machen die Erndte- und Weinlese-

d) Cod. II 7: de advocatis diversorum iudiciorum.

e) Im justinianischen Recht kommt die Summe von 100 Aurei als die licita quantitas pro singulis causis vor L. 1 § 12 D. de extrao. cogn. (50, 13).

f) Das Nähere s. in Bethmann-Hollweg Handbuch I § 16. 17 [Civilproceß III § 143. 144.]

g) L. 19 C. Th. de feriis (2, 8), mit Zusätzen im justin. Codex: L. 6 C. eod. (3, 12).

Ferien, die aus dem älteren Recht herübergenommen wurden, eben so der erste Januar, ferner die Gründungstage der beiden Hauptstädte, und die Tage der Geburt und des Regierungsantritts der Kaiser. Dazu kommen nun als kirchliche Feste die Sonntage, und die Osterzeit (die beiden Wochen, welche Ostern einschließen). Später wurden noch hinzugesetzt das Weihnachtsfest, das der Erscheinung, und die Zeit der »commemoratio apostolicae passionis« (Pfingsten).[h])

Vom fünften Jahrhundert an kommen sportulae, Gebühren, vor, welche an die Officia bezahlt werden müssen, für die Geschäfte, die diesen Unterbeamten obliegen: Citation, Einführung, Protokolle u. s. f. Auch die iudices pedanei erhalten Sporteln, nicht die Behörden selbst.[i])

C. Verfahren.

a. Einleitung des Verfahrens.

CLXXXIV. Zur Zeit Constantin's und seiner Nachfolger war die regelmäßige Einleitungsform die Denuntiatio, welche schon in der dritten Periode eingeführt worden war (§ 160). Diese Denuntiatio war ursprünglich ein Privatact gewesen, Constantin schrieb vor, daß sie zu Protokoll vor einer mit dem ius actorum conficiendorum versehenen Behörde geschehen müsse.[a]) Diese Einleitungsform war wegen der dem Beklagten verstatteten Frist von mehreren Monaten mit einer bedeutenden Verzögerung der Sache verbunden. Daher wurden gewisse Klagen davon ausgenommen, unter andern alle Interdicte.

Im justinianischen Recht kommt die Denuntiatio nicht mehr vor. Hier geschieht die Einleitung durch einen libellus conventionis, eine Klagschrift, welche der Kläger dem Gericht übergiebt, und die eine kurze Bezeichnung der Klage, ihres Gegenstands, und die Unterschrift des Klägers enthalten soll. Dieser muß zugleich die doppelte Erstattung der dem Beklagten verursachten Kosten, wenn er nicht binnen zwei Monaten litem contestire, die Fortsetzung des Processes bis zum Urtheil, und den Ersatz der Proceßkosten, wenn er unterliegen würde, an den Beklagten caviren. Auf diese Klaganmeldung, wie wir sie nennen können, erläßt der Richter eine Verfügung (eine interlocutio, auch das Wort sententia wird dafür gebraucht), wodurch er die Klage entweder verwirft, oder, wenn er sie annimmt, die Ladung des Beklagten befiehlt, ein Befehl, der mündlich an den dafür bestimmten Bediensteten oder schriftlich gegeben, und commonitio, conventio u. s. f. genannt wird. Diese Ladung, zugleich mit dem Klaglibell, wird dem Beklagten von einem Executor des Gerichts insinuirt. Der Executor hat den Beklagten an dem bestimmten Tag zu stellen, dieser muß ihm cautio iudicio sisti stellen, regelmäßig durch Bürgen, ausnahmsweise durch bloßes eidliches Versprechen. Stellt er die Caution nicht, so muß er, wenn er nicht zu den befreiten Personen gehört, dem Executor folgen, um von diesem in Gewahrsam genommen oder im öffentlichen Gefängniß gehalten zu werden. Die Frist, die dem Beklagten zwischen der Citation und dem Anfang der Verhandlung gelassen werden muß, hat Justinian auf 20 Tage gesetzt, früher war sie zehn. Die Grundsätze von der in ius vocatio und der editio actionis wurden auf diese neuere Einleitung:

---

h) L. 6 C. cit. vgl. L. 24 C. Th. de feriis (2, 8) L. 5 C. Th. de spectac. (15, 5).

i) Bethmann-Hollweg a. a. O. [Civilproceß § 148.]

a) L. 2 C. Th. de denunt. (2, 4).

Libell und Ladung, angewendet, daher jene Ausdrücke auch noch in der justinianischen Compilation als praktische Begriffe vorkommen, obwohl sie ihre ursprüngliche Bedeutung verloren hatten.[b])

Die Entstehung dieser Einleitungsart und das Verschwinden der Denuntiatio, worüber uns ausdrückliche Nachrichten fehlen, ist so zu denken. Constantin hatte verordnet (Note a), daß die Denuntiatio zu gerichtlichem Protokoll geschehen müsse, nur nicht gerade bei dem competenten Richter. Wenn man nun einen Schritt weiter ging, und es für das Einfachste hielt, den Kläger lieber gleich an den competenten Richter zu weisen, so wäre es freilich unpassend gewesen, diese Einleitung durch das Erforderniß der Gegenwart des Beklagten zu erschweren. Man mußte also eines von beiden wählen, und ließ das letzte fallen, wodurch die Denuntiatio noch immer mit der ältesten Einleitungsart: der In Jus Vocatio und dem Vadimonium zusammenhing. Mit der Gegenwart des Beklagten aber beseitigte sich auch die des Klägers. So hatte man, was ein Vortheil schien, erreicht, das Verfahren von dem ersten Schritt an unter die Mitwirkung und Obhut des Gerichts zu stellen. Möglich, daß man dafür noch eine Zeit lang fort und fort den Ausdruck denuntiatio brauchte, der eigentlich nicht mehr paßte, und dadurch würde sich vielleicht erklären, warum keine besondere Aufhebung dieser Einleitungsform erwähnt wird; eine angemessenere Bezeichnung bot sich durch den schon in der dritten Periode entstandenen Gebrauch dar, Gesuche gewisser Art durch einen libellus der Behörde vorzutragen, in der That war nun durch jene Aenderung diese Antragsform auf Processe übergegangen.[c])

Neben jener ordentlichen Erhebung des Rechtsstreits ist übrigens in der vierten Periode auch noch der Rescriptsproceß (§ 178) als eine außerordentliche stehen geblieben.

b. Cognitio.

CLXXXV. Die Verhandlungen unter beiden Parteien gehen vor sich, indem sie oder ihre Vertreter in den dazu angesetzten Terminen vor Gericht erscheinen. Das ganze die endliche Entscheidung vorbereitende Verfahren besteht aus solchen einzelnen Verhandlungen über die verschiedenen Punkte, von denen das richterliche Urtheil abhängt, sie heißen cognitiones, διαγνώσεις.

Die erste dieser Cognitionen ist die litis contestatio. Der Kläger hat an diesem ersten Termin seine Klage näher und ausführlich in mündlicher Rede vorzutragen (narratio), darauf antwortet der Beklagte (responsio, contradictio); damit ist der Proceß förmlich eröffnet. Dieß ist es, was in dem Proceß der vierten Periode Litis Contestatio heißt.[a]) Vorausgesetzt wird dabei,

---

b) S. über alles dieses Bethmann-Hollweg Handbuch I § 22 [CPr. § 151. 152].

c) [Gegen obige Darstellung Bethmann-Hollweg CPr. III S. 241, vgl. Syrisch-römisches Rechtsbuch § 75. 76.]

a) Am bestimmtesten ist dies ausgesprochen in L. 14 § 1 C. de iudic. (3, 1): patroni autem causarum — cum lis fuerit contestata, post narrationem propositam et contradictionem obiectam, — iuramentum praestent —. Vgl. auch die nach dem neuen Recht umgestaltete L. un. C. de litis cont. (§ 172 Note q). [Wieding Libellproceß § 13 findet die Litiscontestation in der narratio des Klägers. Allein nach L. un. C. cit. gilt die lis als contestirt, cum iudex per narrationem negotii (nicht *actoris*) *causam* audire coeperit, die narratio negotii ist also ein beiderseitiger Vortrag der Sache, welcher, wie bei den Rednern (Victor p. 248. 7, Halm Sitzungsberichte der Münchener Academie 1843 S. 399. 400 finis narrationis vel quasi initium probationis) den Beweisen voraufging. Wiedings künstliche Interpretation der L. 14 § 1 widerlegt die gemeine Meinung nicht. — Wieding behauptet ferner die fortdauernde Trennung von ius und iudicium (S. 120 f.) und in diesem der Allegation und Beweise (S. 254) und zwar im Sinne der Stoffvertheilung (oben § 150 c). Allein diese ist auch im spätern römi-

daß die Antwort des Beklagten von der Beschaffenheit ist, daß er den Proceß übernimmt; es ist keine Litis Contestatio, wenn er sofort geständig ist, diese confessio in iure, wie sie noch immer genannt wird, hat auch noch die Wirkung des Urtheils, ferner wenn er die Einlassung, z. B. wegen Incompetenz des Richters, verweigert. Unmittelbar nach der Litis Contestatio müssen nach der Vorschrift Justinian's die Parteien und ihre Advocaten schwören, daß sie von der Gerechtigkeit ihrer Sache überzeugt sind.[b])

Bei dieser an die Stelle einer sehr genau bestimmten Form getretenen sehr vagen Art der Klaganstellung wurde es recht klar, daß der größte Theil der Klagarten und Unterschiede, die oben (§ 165 f.) in ihrem Zusammenhang mit der Gestaltung der formulae vorgetragen worden sind, eine über diese Verbindung hinausreichende und von ihr unabhängige Bedeutung hat. Diese Unterschiede haben daher den Formularproceß überdauert, und gelten im Wesentlichen und nach Abstreifung des besondern Gewandes, das sie in jener Verbindung annahmen, auch für das neueste Recht.[c]) Am meisten gilt dieß von den Unterschieden, die einen rein materiellen Ursprung und Charakter haben, von dem die processualische Gestalt nur die Folge und Accession ist, so namentlich von dem Gegensatz der in personam und in rem actiones. Auch der Begriff der utilis actio ist an sich kein processualischer; dagegen hätte er als ein unpraktischer darum erscheinen können, weil er nur auf das historische Verhältniß einer gewissen Klage zu einer andern hinweise,[d]) aber sofern eben dieses Verhältniß die Natur der Klage bestimmt und über sie Aufschluß giebt, war es von Interesse, diese Bezeichnung beizubehalten, und dieß ist denn auch in den justinianischen Sammlungen geschehen. Eine weit processualischere Natur hat schon der Unterschied von bonae fidei und stricti iudicii actiones, und einige Folgen desselben hingen eng mit dem Formularproceß zusammen, aber die meisten und wichtigsten ließen sich auch auf den nicht durch eine Formula instruirten Richter anwenden; namentlich soweit der Gegensatz als einer der Obligationen selbst, aus denen die Klagen entspringen, aufzufassen ist, wird für seine Wirkungen die Proceßform gleichgültig sein, und so ist auch dieser Unterschied in das justinianische Recht übergegangen. In Beziehung auf das Gemeinschaftliche der actiones arbitrariae mit den bonae fidei actiones hat sogar auch dieser Begriff, obwohl seinem Ursprung nach rein processualisch und mit dem Formularsystem verwachsen, sich erhalten. Dagegen sind die Namen actiones praescriptis verbis und in factum actiones bloße Namen ohne Bedeutung geworden, die nur als herkömmliche Bezeichnungen für gewisse Klagen, ohne diesen einen besonderen Charakter irgend einer Art zu prädiciren, beibehalten worden sind.

In dem Termin der Litiscontestation können auch die Einreden von dem Beklagten vorgebracht werden, die dilatorischen müssen es. Dieß gilt sowohl von denen, welche sich auf das Verfahren selbst beziehen, als von den das

---

schen Processe noch nicht streng durchgeführt, vgl. L. 12 pr. C. de R. C. (4, 1) L. 2 pr. C. de iureiur. propter cal. (2, 58) Nov. 60 c. 2 § 1. R.]

b) Cod. II 58: de iureiurando propter calumniam dando. L. 14 § 1 C. de iudic. (3, 1).

c) So sind sie daher auch im justinianischen Recht, namentlich im 6 Titel des 4 Buchs der Institutionen dargestellt, nur daß hier noch mancher solcher Ansatz, manche Spur des alten Zusammenhangs sichtbar geblieben ist.

d) Denn nec refert directa quis an utili actione agat vel conveniatur —, maxime cum utraque actio eiusdem potestatis est eundemque habet effectum L. 46 § 1 D. de neg. gest. (3, 5).

Recht des Klägers betreffenden. Aber es ist ein Unterschied zwischen diesen beiden Classen, die ersten, z. B. die Einrede der Incompetenz, der mangelnden Legitimation des Procurators ꝛc., müssen vor der Einlassung nicht bloß vorgeschützt, sondern auch verhandelt und bewiesen werden, worauf der Richter durch Interlocut darüber entscheidet,[e]) während Verhandlung und Beweis der andern dilatorischen Einreden (z. B. der exceptio ne intra certum tempus petatur) ausgesetzt wird bis zu der Zeit, wo auch die peremtorischen verhandelt werden.[f]) Die peremtorischen Einreden können schon bei der Litiscontestation, aber eben so gut in jedem späteren Stadium des Processes, so lange nur die Sache noch nicht rechtskräftig entschieden ist, vorgebracht werden, und in jedem Fall kommen sie zur Verhandlung erst dann, wenn der Kläger, was ihm obliegt, bewiesen hat.

Von den Exceptionen in Beziehung auf die eben (§ 170) vorgetragene Theorie derselben ist vor allem ähnliches zu sagen, wie vorhin von den Klagen. Exceptiones, replicationes etc. als Bestandtheile der Formel gab es nicht mehr, denn es gab keine Formulä mehr; soweit ihre Theorie sich wesentlich auf diese Proceßform bezieht, ist sie im justinianischen Recht antiquirt, und der Satz z. B. doli exceptio b. f. iudiciis inest, hat hier keinen processualischen Sinn mehr. Ja noch mehr: durch die Formlosigkeit des neueren Verfahrens in Beziehung auf die peremtorischen Exceptionen haben diese überhaupt aufgehört, einen besonderen processualischen Begriff zu bilden, sie sind in dem allgemeineren von Einwendungen, d. h. Vorbringen von Umständen, wodurch der Beklagte von dem Anspruch des Klägers befreit zu sein behauptet, verschlungen. Der Unterschied zwischen einer Vertheidigung, wodurch der Beklagte das Recht des Klägers als vernichtet und damit die Intentio selbst als unrichtig darstellt, und derjenigen, wodurch er die an sich und ipso iure richtige unwirksam macht, der Unterschied also z. B. zwischen dem Einwand der Zahlung und der exceptio pacti de non petendo hat als ein processualischer aufgehört, von beiden Arten der Vertheidigung gelten an sich processualisch dieselben Grundsätze. Aber über das Schicksal des materiellen Begriffs der Exceptio ist damit noch nichts entschieden,[g]) dieser besteht noch in seiner ganzen Reinheit gegenüber den Umständen, welche den Anspruch des Klägers ipso iure vernichten, die Differenz der rechtlichen Beurtheilung des einen und des andern Falls hat an materieller Wichtigkeit nichts verloren.[h])

In den folgenden Terminen kommt es nun zur Verhandlung und zum Beweis über die theils im ersten vorgebrachten, theils nun successiv zum Vorschein kommenden Thatsachen, welche die Parteien anführen, und von denen die Entscheidung abhängt. Vor allem hat der Kläger den Grund seiner Klage,

---

e) Bethmann-Hollweg I S. 263. 405 f.

f) L. 19 C. de probat. (4, 19): exceptionem dilatoriam opponi quidem initio, probari vero postquam actor monstraverit quod adseverat, oportet.

g) Einen solchen Schluß von der processualischen Seite der Frage auf die materielle macht J. A. M. Albrecht die Exceptionen des gemeinen Civilprocesses 1835 [vgl. die § 170 p. Angeführten]. S. dagegen Savigny System V § 228. [Wieding Libellproceß S. 120, der die Unterscheidung von Jus und Judicium selbst im justinianischen Rechte fortdauern läßt und nur die formula und iudicis datio als beseitigt gelten läßt, behauptet für alle Einwendungen die fortdauernde nothwendige Vorschützung in iure (S. 210 f.). Allein einer förmlichen in integrum restitutio (S. 215) bedurfte es schon im Formularproceß nicht mehr (Rudorff ed. perp. § 44), der Grundsatz stand schon ex ordine, ex edicto, also gesetzlich fest. R. — Vgl. Bekker Aktionen II S. 223.]

h) Dieß wird sich unter andern in der Lehre von der Aufhebung der Obligationen ergeben.

soweit er ihm verneint ist, zu beweisen; ist dieß geschehen, so trifft die Reihe den Beklagten, es wird über die Exceptionen und sonstigen Thatsachen, auf die er seine Vertheidigung gründet, verhandelt und Beweis geführt. Bei jedem Punkt, der auf diese Weise zur Frage kommt, können die Parteien eine Vertagung zur Beischaffung der Beweismittel (dilatio instrumentorum causa) verlangen, nach Umständen werden ihnen drei, sechs, ja neun Monate verwilligt. Die Zeugen werden von dem Richter vorgeladen, und nach vorgängiger Beeidigung in Gegenwart der Parteien verhört, über ihre Aussage ein Protokoll aufgenommen. Die Aechtheit der Urkunden wird durch Recognition des Tabellio, der sie aufgenommen hat, oder der Zeugen, die dabei zugezogen worden sind, oder auch durch Eideszuschiebung, nur im Nothfall durch Schriftenvergleichung bewiesen. Der Beweis kann endlich durch Eideszuschiebung geführt werden, oder der Richter legt einer Partei den Eid auf, um seine Ueberzeugung zu vervollständigen Die Partei, welche den Eid zugeschoben hat, kann gegen das Urtheil, das und soweit es auf diesen Eid gegründet ist, nicht appelliren, wohl aber kann sie bis zur rechtskräftigen Entscheidung die Eidesdelation zurücknehmen, und einen andern Beweis substituiren, von dem sie aber dann nicht wieder auf den Eid zurückkommen kann.[i]) Die Partei, welcher der Eid von dem Gegner deferirt oder von dem Richter auferlegt ist, kann ihn in jenem Fall zurückschieben, in beiden Fällen recusiren; erkennt der Richter die Recusation als ungegründet, so wird dieser Punkt für jetzt als erledigt betrachtet, und im Endurtheil gegen Recusanten entschieden, dem aber bei der Appellation gegen dasselbe freisteht, die Verwerfung seiner Recusation anzufechten. Nach Justinian's Vorschrift soll der Beweis durch Eid stets sofort, wie ein anderer, erledigt werden, während vor Justinian erst im Endurtheil die Eidesdelation bestätigt, der Eid durch den Richter auferlegt wurde mit dem Ausspruch, wie es im Fall der Leistung oder Nichtleistung gehalten werden solle, und die Eidesleistung mithin erst dann erfolgte, wenn das Urtheil rechtskräftig geworden war.[k])

Die einzelnen Cognitionen können sich durch stetes Vorbringen neuer Thatsachen und Beweise ins Unendliche vermehren. Der Richter ist sogar verpflichtet, die Parteien wiederholt zu fragen, ob sie nicht noch etwas neues vorzubringen hätten. Nur soll er freilich die gesetzliche Zeit einhalten, auf welche die ganze Dauer des Processes beschränkt ist, nach justinianischem Recht sind es regelmäßig drei Jahre. Und dann hat Justinian noch jeder Partei ein Mittel in die Hand gegeben, die reichliche Gelegenheit zu Verzögerungen, die jene Schrankenlosigkeit der Cognitionen dem Gegner darbietet, abzuschneiden: wenn sie auf weiteren Vortrag verzichtet, so hat der Richter dem Gegner drei monatliche Fristen zu setzen, nach deren Ablauf er mit seinem Anbringen ebenfalls ausgeschlossen ist.[l])

Der Contumacia des Beklagten, sowohl bei der Einlassung als bei der Fortsetzung des Processes, wird, abgesehen von einzelnen Zwangsmitteln (Geldbußen, Fälligkeit der stipulatio iudicio sisti, Realcitation durch Anwendung von Gewalt), durch das einseitige Verfahren, eremodicium, begegnet, nachdem der Beklagte noch durch die Edicta vorgeladen ist (§ 176 vgl. 174 a. E.). Die Folge seines Ungehorsams ist also jetzt nie mehr, daß er pro damnato gilt,

---

i) L. 11 C. de reb. cred. (4, 1).

k) L. 12 C. eod.

l) L. 9. 14 C. de iudic. (3, 1) Nov. 115 c. 2. Ueber alles Obige vgl. Bethmann-Hollweg I § 23. 24. [Civilproceß III § 153—155.]

sondern er wird als ableugnend betrachtet, und der Kläger zum Beweis gelassen, worauf wie sonst das Urtheil gesprochen wird. Bei Vindicationen steht dem Kläger noch ein anderer Weg offen; er kann einstweilen in den Besitz gesetzt zu werden verlangen, wobei dem Beklagten vorbehalten bleibt, seinerseits als Kläger aufzutreten.[m])

Bei manchen Rechtssachen ist dem Richter befohlen, mit besonderer Sorgfalt darauf zu sehen, daß keine unnöthigen Verzögerungen vorkommen, worin wohl auch eine Abkürzung der Fristen zwischen den einzelnen Terminen liegt. Dieß ist der Fall bei den Interdicten, aber eben so auch bei manchen andern Klagen. Die Interdicte als solche sind nicht mehr durch ein ihnen eigenthümliches Verfahren ausgezeichnet.[n])

Bei geringfügigen Sachen ist im justinianischen Recht das Verfahren vereinfacht, um es weniger kostspielig zu machen. Die schriftlichen Ladungen und förmlichen Protokolle, für welche bedeutende Sporteln zu entrichten waren, sollten hier wegfallen, es sollte sine scriptis, wie man es nannte, nur mit einer kurzen adnotatio der Verhandlungen verfahren werden. Dasselbe wurde für die Jurisdiction der Bischöfe in Streitigkeiten der Geistlichen vorgeschrieben.[o])

c. Sentenz.

CLXXXVI. Die richterlichen Erkenntnisse sind zum Theil solche, wodurch die endliche Entscheidung des Rechtsstreites vorbereitet werden soll, und enthalten Verfügungen an die Parteien zum Behuf der Proceßleitung oder Entscheidungen von Zwischenpunkten, — sie heißen interlocutiones, articuli, praeiudicia, — zum Theil haben sie die Bestimmung, den Rechtsstreit und zwar im Ganzen zu entscheiden, diese werden vorzugsweise sententiae, oder auch definitivae sententiae genannt.

Wenn der Richter, vor dem der Rechtsstreit verhandelt worden ist, die Sentenz selbst spricht, so werden die Parteien nach abgeschlossener Verhandlung vorgeladen, und das schriftlich verfaßte Urtheil in öffentlicher Gerichtssitzung vorgelesen. Ist die Sentenz condemnatorisch, so muß die Condemnation in ein bestimmtes Object geschehen, sei es eine Summe oder eine andere bestimmte Sache, doch schadet es nicht, wenn das Urtheil die Summe selbst nicht ausspricht, sondern deshalb auf die Acten, worin sie gegeben ist, verweist.[a]) Nach altem Recht mußte die sententia iudicis auf eine bestimmte Geldsumme gestellt werden, diese Vorschrift galt aber nicht für das Decret des Magistrats bei der extraordinaria cognitio. Dieser konnte, wo der Betrag eine besondere Untersuchung der Verhältnisse erheischte, den unbestimmten Ausspruch thun, daß der Beklagte schuldig sei, z. B. den Schaden zu ersetzen, Alimente zu prästiren, und für die Ermittelung und Schätzung des Betrags Arbitri bestellen.[b]) Aus diesen beiden Instituten hat sich nun jenes Recht gebildet, von dem ordentlichen Verfahren ist das Erforderniß eines bestimmten Objects, von dem außerordentlichen die Möglichkeit der Condemnation in eine andere Sache als Geld, ja

---

m) Bethmann-Hollweg I § 27 [C. Pr. § 157].

n) Bethmann-Hollweg I § 37 [C. Pr. § 163].

o) Bethmann-Hollweg I § 36 a. E. [C. Pr. § 163 a. E.]

a) Cod. VII 46: de sententia, quae sine certa quantitate profertur. — § 32 I. de action. (4, 6): curare autem debet iudex, ut omni modo, quantum possibile ei sit, certae pecuniae vel rei sententiam ferat, etiamsi de incerta quantitate apud eum actum est.

b) L. 5 § 25 D. de agnosc. lib. (25, 3) u. a.

sogar ausnahmsweise in eine unbestimmte Quantität herübergenommen, welches letztere dann für zulässig geachtet worden ist, wenn die Herstellung des Quantums eine weitläufigere Untersuchung voraussetzt, durch welche die Sentenz nicht hinausgeschoben werden soll. Daher wird in der (Note a) angeführten Institutionenstelle jenes Erforderniß durch den Zusatz: quantum possibile ei est gemildert. — Ein absolutorisches Urtheil kann einen doppelten Inhalt haben: es kann den Beklagten von der Klage entbinden, den Kläger also für immer mit seinem Anspruch abweisen, absolutio ab actione; der Kläger kann aber auch nur für jetzt abgewiesen werden, so daß ihm die nochmalige Anstellung derselben Klage, wenn der Grund ihrer jetzigen Zurückweisung gehoben ist, unbenommen bleibt, diese Absolution heißt absolutio ab instantia. Sie tritt ein, wenn der Beklagte wegen irgend einer dilatorischen Einrede absolvirt wird, für den Fall einer pluspetitio tempore ist sie mit der besonderen Folge vorgeschrieben, daß der Kläger noch einmal so lange warten muß, als er zu früh geklagt hat, und für diese Zeit keine Zinsen in Anspruch nehmen kann; natürlich wird er auch in die Kosten condemnirt, und wird nicht eher zur Wiederholung der Klage gelassen, als bis er sie dem Beklagten ersetzt hat.[c]) Auch die Contumacia des Klägers, der im Termin nicht erscheint, kann eine absolutio ab instantia (oder wie sie hier auch heißt: ab observatione iudicii) zur Folge haben, wenn der Beklagte nicht vorzieht, auf ein eremodicium anzutragen, dessen Folge dann eine absolutio ab actione sein kann.[d])

Der Richter hat in der Sentenz auch über die Proceßkosten zu sprechen, unterläßt er es, so haftet er der dadurch benachtheiligten Partei. Als Regel wird festgesetzt, daß der Sieger ihren Ersatz von dem Besiegten zu fordern habe, dieser also in dieselben zu condemniren sei.[e])

Wenn der Richter über die zu gebende Entscheidung ungewiß ist, kann er auch noch nach dem Recht der vierten Periode den Kaiser consultiren (consultatio ante sententiam). Er macht einen Bericht, der einen Auszug der Acten enthält, und theilt ihn den Parteien mit, welche ihre Erinnerungen gegen seinen Inhalt in der Form von Bittschriften an den Kaiser (libelli refutatorii) machen. Alles dieses wird nebst den Acten an den Kaiser eingesandt, der durch ein Rescript das Urtheil giebt.[f]) Da bei der Menge von Rechtssachen, die an den Kaiser gelangten, einzelne oft lange auf die kaiserliche Entscheidung warten mußten (obwohl sie freilich, wenn sie einmal an die Reihe kamen, um so schneller entschieden waren, als keine Appellation oder Supplication gegen das kaiserliche Rescript stattfand), so verbot endlich Justinian 544 die consultationes ante sententiam, und legte den Richtern die Pflicht auf, nach ihrem eigenen besten Wissen zu entscheiden.[g])

d. Rechtsmittel gegen die Sentenz.

CLXXXVII. Die Rechtsmittel gegen Sentenzen, wie sie für das Recht

---

c) § 10 I. de except. (4, 13). Auch wegen einer andern Pluspetitio verliert der Kläger nicht mehr seinen wirklichen Anspruch, der Richter rectificirt ihn; aber er muß dem Beklagten das Dreifache der durch den höheren Ansatz verursachten Kosten ersetzen § 24. 33 I. de action. (4, 6).

d) L. 13 § 2. 5 C. de iudic. (3, 1) Nov. 53 c. 1.

e) L. 13 § 6 C. de iudic. § 1 I. de poen. tem. lit. (4, 16) und die restituirte L. 5 C. de fruct. et litium expensis (7, 51).

f) Vgl. über alles Obige Bethmann-Hollweg I § 25 [Civilproceß III § 156].

g) Nov. 125.

der dritten Periode oben aufgeführt worden sind: außer der Behauptung der Nichtigkeit die In Integrum Restitutio, Appellatio, Retractatio, gelten auch in der vierten fort, nur ist theils noch ein neues, die Supplication hinzugekommen, theils das Verfahren für jene in einzelnen Punkten geändert worden.

Für die Appellation ist der Instarzenzug in Gemäßheit des neuen Verwaltungsorganismus folgendergestalt eingerichtet. Von einem iudex pedaneus geht die Appellation an die Behörde, die ihn bestellt hat, von den städtischen Magistraten an den Vorstand der Provinz. Von diesem soll nicht mehr unmittelbar an den Kaiser appellirt werden, sondern an die spectabiles und illustres, welche vice sacra richten (§ 121 a. E.), und erst von ihnen geht die Appellation an den Kaiser. Theodosius II hat auch dieß hinsichtlich der spectabiles modificirt, er hat eine Commission eingesetzt, die aus dem praefectus praetorio orientis und dem quaestor sacri palatii besteht, und dieser die Appellationen von den Spectabiles zugewiesen.[a])

Die zwei oder drei Tage als Frist für die Interposition der Appellation sind noch in Justinian's Gesetzbüchern das geltende Recht, erst 536 (Nov. 23) hat sie Justinian auf ein decendium für alle Fälle erweitert, um die Ungewißheit zu beseitigen, die öfters hinsichtlich der Berechnung jener Frist, namentlich wann das biduum, wann das triduum anwendbar sei, eingetreten war. Für die Einführung der Appellation, d. h. die Ueberbringung der Apostel und Acten durch den Appellanten an den Appellationsrichter, ist als Regel eine Frist von sechs Monaten vorgeschrieben, an deren letztem Tag (dies fatalis) die Verhandlung beginnt. Versäumt ihn der Appellant, so verliert er das Rechtsmittel, doch erhält er ex iusta causa innerhalb einer gewissen Frist eine reparatio appellationis. Statt dieser fügte Theodosius II der Introductionsfrist drei weitere, jede von einem Monat, also zugleich drei dies fatales hinzu, nach deren Versäumniß nur noch beim Kaiser Reparation (binnen abermaligen drei Monaten) gesucht werden kann. Auf eine weit zweckmäßigere Weise hat Justinian (zugleich die Einführungsfrist selbst verkürzend), um der oftmaligen Veranlassung von Reparationen zu begegnen, zehn auf einander folgende dies fatales angeordnet, außer dem früheren noch die vier vorhergehenden und die fünf nachfolgenden Tage.[b]) Zuletzt hat er verordnet, daß der Ablauf dieser Fristen überall nicht mehr den Verlust der interponirten Appellation bewirken, sondern nur dem Gegner das Recht geben soll, auf einseitige Verhandlung vor dem Appellationsrichter und Entscheidung desselben anzutragen.[c])

Ein eigenes Verfahren ist für die Appellationen an den Kaiser, die früher eben so wie die andern behandelt wurden, von Constantin eingeführt.[d]) Es soll hier dasselbe Verfahren wie bei einer consultatio ante sententiam (§ 186) beobachtet werden. Nach eingelegter Appellation verfertigt der Richter einen Bericht (consultatio, relatio) an den Kaiser, gegen den die Parteien ihre Erinnerungen in libelli refutatorii beibringen, alles dieß wird mit den Acten an den Kaiser eingesandt, der die Entscheidung durch Rescript giebt. Daher wird diese Appellation per consultationem oder more consultationis genannt. Justinian hat vorgeschrieben, daß den Parteien selbst die Ueberbringung jener Stücke

---

a) L. 32 C. de appell. (7, 62).
b) L. 2. 5 C. de tempor. et reparationibus appell. (7, 63).
c) Nov. 126 c. 2.
d) Cod. Theod. XI 30: de appell. et poen. ear. et consultationibus.

überlassen werden soll. Auch hat er den Unterschied dieser von der gewöhnlichen Appellation aufgehoben, daß bei der Consultatio keine nova, d. h. neue Thatsachen und Beweise, vorgebracht werden konnten.[e])

Mehrere neue Beschränkungen der Appellation sind in dieser Periode eingeführt worden. Seit Constantin ist die Appellation gegen Interlocute mit wenigen Ausnahmen verboten, es soll die Beendigung des Verfahrens und definitive Entscheidung abgewartet werden.[f]) Im theodosischen Codex ist vorgeschrieben, daß, wenn der auf Herausgabe einer Sache Belangte in zwei Instanzen verurtheilt worden ist, die nochmalige Appellation desselben keinen Suspensiveffect haben, also die Restitution der Sache nicht hindern soll.[g]) Statt dessen hat Justinian vorgeschrieben, daß niemand zum drittenmal in demselben Rechtsstreit und über dieselben Punkte (worüber er also schon in drei Sentenzen Unrecht behalten hat) appelliren soll, und dasselbe gilt von der Supplication (s. nachher), wenn die dritte Sentenz von dem Präfectus Prätorio gesprochen ist.[h]) Das Erforderniß eines gewissen Betrags des Streitobjects für Appellationen an den Kaiser (§ 181 Note s), welches abgekommen war, hat Justinian in einer Novelle für die Appellation von den iudices ordinarii an die höchsten mit Ueberspringung der Spectabiles wieder eingeführt, und diese summa appellabilis auf zehn Pfund Goldes gesetzt.[i]) Dagegen ist das frühere Succumbenzgeld von einem Dritttheil des Streitgegenstandes abgeschafft, und an dessen Stelle eine mäßige arbiträre Geldstrafe getreten, die der Richter dem unterliegenden Appellanten auferlegen soll.[k]) Ausgeschlossen ist die Appellation im theodosischen Codex bei dem interdictum quorum bonorum,[l]) ein Verbot, das später zurückgenommen worden ist, ferner bei dem interdictum de vi (actio momentariae possessionis), wo man sie aber bald wieder, nur ohne Suspensiveffect, zugelassen hat.[m])

Schon in der dritten Periode kam es vor, daß Parteien sich gegen beschwerende Verfügungen der Magistrate oder Richter durch Suppliken an die Machtvollkommenheit des Imperators um Abhülfe wendeten, diese Supplication war auf keine Weise ein Rechtsmittel zu nennen, sie war so wenig wie das Suppliciren zu andern Zwecken durch rechtliche Vorschriften geregelt, und zu einem Rechtsinstitut gemacht. In der vierten Periode aber trat sie in die Reihe der gesetzlich geordneten Rechtsmittel neben die Appellation, als Supplement dieser. Das Suppliciren wurde nun während der Verhandlung und vor dem Urtheil, ferner da verboten, wo das Rechtsmittel der Appellation stattfindet, auch wo die Appellation zustand und versäumt worden ist,[n]) es ist daher zugelassen, wo die Appellation gegen ein Endurtheil aus einem andern Grund

---

e) L. 4. 5 § 2 C. de tempor. appell. (7, 63) L. 37 C. de appell. et consultationibus (7, 62).

f) L. 2 C. Th. de appell. (11, 30) L. 1—3 C. Th. quorum appell. (11, 36).

g) Cod. Theod. XI 38: de possessione ab eo, qui bis provocaverit, transferenda.

h) Cod. VII 70: ne liceat in una eademque causa tertio provocare, vel post duas sententias iudicum, quas definitio praefectorum roboraverit, eas retractare.

i) Nov. 23 c. 3.

k) L. 6 § 4 C. de appell. (7, 62).

l) L. 22 C. Th. quorum appell. (11, 36).

m) Cod. Th. XI 37: si de momento fuerit appellatum. Cod. Iust. VII 69: si de momentaria possessione fuerit appellatum.

n) Cod. I 21: ut lite pendente vel post provocationem aut definitivam sententiam nulli liceat imperatori supplicare.

ausgeschlossen ist. Hauptsächlich aber findet es seine Anwendung gegen Sentenzen der Präfecti Prätorio, die inappellabel sind. Die Supplicatio soll hier innerhalb zweier Jahre nach dem Abgang des Präfecten, gegen dessen Sentenz sie gebraucht wird, stattfinden, der Kaiser aber untersucht und entscheidet nicht selbst, sondern trägt die Revision der Sache derselben Behörde auf, von der die beschwerende Sentenz ausgegangen ist, von diesem Erfolg des Rechtsmittels führt es daher auch den Namen retractatio. Daraus erklärt sich auch die Berechnung der Frist von dem Wechsel des Beamten an, der beschwerten Partei mußte es in der Regel daran liegen, die Revision dem Nachfolger, nicht der Person, gegen deren Urtheil sie supplicirte, aufgetragen zu sehen. Die Supplication hat keinen Suspensiveffect wie die Appellation; zuletzt hat Justinian ihr diesen gegeben, wenn sie in der Appellationsfrist, also binnen zehn Tagen interponirt wird, nur daß der Gegner die Execution dennoch fordern kann, wenn er für den Fall, daß das Urtheil reformirt werden würde, vollkommene Restitution durch Bürgen cavirt.o)

e. Execution.

CLXXXVIII. Die Execution tritt ein in Folge einer Condemnation durch rechtskräftiges Urtheil oder einer confessio in iure, die auch noch im neuesten Recht die Wirkung der res iudicata hat, nicht mehr dagegen wegen Contumacia des Beklagten, deren Folge vielmehr die einseitige Fortsetzung des Verfahrens ist (§ 185 g. E.). Nach dem Inhalt der Condemnation geht die Execution auf die Leistung einer Geldsumme oder eines andern Gegenstands, nicht einer reinen Handlung, an deren Stelle vielmehr ihr Werth, also eine entsprechende Geldsumme tritt.

Ist der Beklagte auf die Leistung, Restitution oder Exhibition einer speciell bestimmten Sache verurtheilt, so wird die Sentenz direct dadurch exequirt, daß der Richter die Sache durch seine Diener wegnehmen, und dem Kläger zustellen läßt, was sodann dieselbe Wirkung (z. B. des Eigenthumsübergangs, wenn die Leistung darauf geht) hat, wie wenn der Beklagte selbst diese Handlung vorgenommen hätte. Dasselbe tritt ein, wenn die Leistung in der Bestellung eines Rechts, z. B. einer Servitut, oder in der Manumission eines Sclaven besteht, auch diese Verbindlichkeiten können direct durch Verfügung des Richters in Wirkung gesetzt werden.

Eine Sentenz, die in eine Geldsumme condemnirt, wird durch pignoris capio vollstreckt, in der Weise, wie dieses Executionsmittel sich schon in der dritten Periode gebildet hatte (§ 179).

Ist die Verurtheilung in contumaciam erfolgt, so tritt nicht die pignoris capio, sondern die missio in bona ein, diese aber geht hier nicht auf alle Güter, sondern nur auf so viel, als zur Deckung und Befriedigung des Klägers hinreicht. Dieser Weg wird eingeschlagen, um dem Beklagten die Vertheidigung noch länger möglich zu machen. Doch ist ihm die Uebernahme des Processes und Wiederaufhebung der Missio nur gestattet, wenn er in Beziehung auf die Einlassung, nicht, wenn er in Beziehung auf die Fortsetzung des von ihm schon

o) Nov. 119 c. 5. Vgl. zu dem Obigen Bethmann-Hollweg I § 34 [Civilproceß III § 161].

übernommenen Processes contumax war. Zuletzt kommt es auch hier zum Verkauf der Güter, in die der Kläger mittirt ist.

Dagegen erfolgt eine Missio in alle Güter, wenn der Betrag der Schuld dem Vermögen gleichkommt, oder es übersteigt, also im Fall der Insolvenz des Schuldners und der Concurrenz mehrerer Gläubiger, die auf Befriedigung aus dem Vermögen des Schuldners andringen. Dieser Concurs der Gläubiger wird entweder durch cessio bonorum von Seiten des Schuldners, oder wenn eine solche nicht erfolgt, auf Antrag der Gläubiger durch missio in bona eröffnet. Es wird vorausgesetzt, daß mehrere Gläubiger diesen Antrag stellen, diesen können sich dann die übrigen innerhalb einer gesetzlichen Frist: für Anwesende von zwei, für Abwesende von vier Jahren, anschließen. Die Missio, da sie ein Executionsmittel ist, setzt aber voraus, daß die Forderung des Gläubigers durch richterliches Urtheil oder was dem gleichsteht, anerkannt ist, sei es in Folge eines zweiseitigen oder eines Contumacialverfahrens gegen den Schuldner erlassen. Bei den auf die Missio zuerst antragenden Gläubigern versteht sich dieß ohnehin, aber auch die sich nachher zum Anschluß meldenden Gläubiger müssen, ehe sie an der Missio Theil erhalten, ihre Forderungen klagweise ausführen, wobei die schon im Besitz befindlichen Gläubiger als Contradicenten auftreten, also die Ansprüche jener bestreiten können. Nach dem Ablauf jener Frist sind die Gläubiger, welche sich bis dahin nicht gemeldet haben, ausgeschlossen, und können die von den übrigen besessenen Güter zu ihrer Befriedigung nur in so weit in Anspruch nehmen, als davon nach voller Befriedigung derselben etwas übrig ist.[a]) Diese Ausschließung traf aber nicht die, welche mit einer dinglichen Klage (als Eigenthümer einer im Besitz des Schuldners befindlichen Sache, oder vermöge eines sonstigen dinglichen Rechts) auftreten. Diese, und auch die Pfandgläubiger, sofern sie ihre Befriedigung lediglich aus ihrem Pfand suchen wollen, concurriren noch nach dem justinianischen Recht nicht mit den Gläubigern, welche vielmehr, wenn sie es nicht vorziehen, sie durch Zahlung abzufinden, ihnen ihr Pfand herausgeben müssen.

Während jener vier Jahre bleiben die Güter im Besitz der mittirten Gläubiger und in der Verwaltung eines curator bonorum, der sie zugleich als Contradictor gegen die während dieser Zeit sich meldenden vertritt. Nach Ablauf derselben kommt es zum Verkauf, der von dem Curator besorgt wird. Die alte venditio bonorum ist abgeschafft, der Verkauf geschieht nicht mehr im Ganzen an einen bonorum emtor, der die Schulden übernimmt, sondern im Einzelnen, als distractio bonorum, um aus dem Erlös die Gläubiger zu befriedigen. Diese Befriedigung geschieht durch den Richter nach dem Vorzug, welchen gewissen Gläubigern ein Privilegium, das sie für ihre Forderung haben, gewährt; in Beziehung auf einander gleichstehende Gläubiger, wenn das Vermögen nicht zu ihrer vollen Befriedigung hinreicht, pro rata ihrer Forderungen. Umgekehrt wird ein Ueberschuß für etwa noch später sich meldende Gläubiger aufbewahrt.

Den concursmäßigen Schuldner trifft auch nach dem neuesten Recht noch die Infamie, und, wenn man seiner habhaft wird, und die Gläubiger nicht vollständig befriedigt sind, Gefängniß. Es giebt also noch eine Personalexecution, sie tritt aber erst ein, wenn die in das Vermögen erfolglos geblieben

---

a) Iustinian. L. 10 C. de bonis auctor. iud. possid. (7, 72).

ist, nur der Fiscus konnte gleich von Anfang mit jener Execution in die Person vorschreiten. Infamia und Gefängniß kann der Schuldner durch cessio bonorum abwenden, wobei er aber zum Manifestationseid (daß er von seinen Gütern nichts zurückgehalten, sondern alles getreulich angegeben habe) angehalten werden kann.[b])

---

b) S. über alles Obige Bethmann-Hollweg I § 31 [Civilproceß III § 158. 159].

System und Geschichte

des

römischen Privatrechts.

Von

G. F. Puchta

Neunte Auflage

nach dem Tode des Verfassers besorgt

von

Paul Krüger

Leipzig

Druck und Verlag von Breitkopf und Härtel

1881

Das Uebersetzungsrecht vorbehalten.

Vorrede.

Von dem System des römischen Privatrechts, wie es jetzt in einen Band zusammengefaßt ist, hatte Puchta nur den allgemeinen Theil und das Sachenrecht 1841 im zweiten Band veröffentlicht. Eine zweite Auflage dieses Bandes war von ihm vorbereitet, gelangte aber erst nach seinem Tode 1846 zum Druck. Für die übrigen Theile lag das Manuscript nur bis § 269 Note *q* vor; das Folgende ist einem Kollegienheft entlehnt, welches Puchta mit Ausnahme einiger 1843 umgearbeiteter Abschnitte des achten Kapitels schon 1839 entworfen hatte. Rudorff bemerkte dazu in seiner Vorrede:

„Kein verständiger Beurtheiler wird an das Kollegienheft des Lehrers „Ansprüche machen, denen nur der Schriftsteller zu entsprechen verpflichtet „ist, und wer die rasch zunehmende innere Zeitigung in Puchta's spätern „Werken beachtet hat, dürfte an ein früheres Erzeugniß seines Geistes einen „billigern Maßstab zu legen sich ohnehin geneigt finden lassen. Nach Ab„rechnung dieser nothwendigen Abzüge aber wird man auch in diesen Linea„menten die Schärfe des juristischen Gedankens, die Bestimmtheit seines „Ausdrucks, die Reinheit der Sprache, kurz alle jene hervorragenden Eigen„schaften wiederfinden, welche dem vorliegenden Werk neben dem flüchtigen „Reiz des Pikanten den soliden Werth und nachhaltigen Erfolg alles Aechten „und Gediegenen sichern.

„Kraft dieser Vorzüge bilden diese letzten Abschnitte einen würdigen „Schluß des schönen Ganzen, welchem, um den vollendeten Theilen völlig „gleich zu stehen, nur der innere Ausbau und die letzte Hand des zu früh „geschiedenen Meisters fehlt."

In dieser Gestalt wurden Kapitel 8—12 von Rudorff als dritter Band zuerst im Jahre 1847 der zweiten Auflage der anderen Bände angeschlossen.

Königsberg, 26. Februar 1881.

Paul Krüger.

Inhalt des zweiten Bandes.

Viertes Buch: System und Geschichte des römischen Privatrechts.

Einleitung.

Aufgabe der Darstellung § 189. S. 3 f.

Erstes Kapitel: Von den Rechten überhaupt.

A. Subject der Rechte:

a. Arten der Personen § 190—192. S. 5—11.

Natürliche, juristische Personen.

Arten der juristischen Personen: Staat, politische Corporationen, andere Corporationen, Kirche, milde Stiftungen, Hinterlassenschaft.

Natur, Entstehung, Aufhebung der juristischen Personen.

b. Arten der Rechte nach Stellung der Personen.

aa. Begriff des Vermögens § 193. S. 11 f.

Verschiedene Bedeutungen von Vermögen.

bb. Begriff der Familie § 194—196. S. 12—20.

Verschiedene Bedeutungen von familia; Agnation; Gentilität.

Natürliche Familie; Cognation: gerade Linie, Seitenlinie; mehrfache Verwandtschaft; eheliche, uneheliche Verwandtschaft; Aufzählung der Verwandten (Respectus Parentelä); Grad der Verwandtschaft. Verhältniß der Agnation und Cognation in Beziehung auf ihr Wesen und ihre Wirkung (Verschwinden der Gentilität).

Affinität.

cc. Vermögensrecht und Familienrecht § 197. S. 20 f.

Fähigkeit zu dem einen und dem andern, commercium und connubium.

c. Entstehung und Endigung der Rechte:

α. Allgemeines § 198. S. 21—24.

Classification der Erwerbungen: originäre, derivative (Succession); Gründe der Entstehung und Endigung; directe, indirecte Endigung.

β. Einfluß der Zeit § 199. 200. S. 24—32.

Erwerb oder Verlust eines Rechts durch Ablauf eines Zeitraums (Verjährung). Kalender. Berechnung von Zeiträumen: nach dem Kalender, Civilcomputation. Berechnung a momento ad momentum.

Continuum, utile tempus. Unvordenkliche Zeit.

γ. Rechtsgeschäfte:

a. Allgemeines § 201—204. S. 33—49.

Juristische Handlungen; Rechtsgeschäfte; Verträge.

Erfordernisse der Rechtsgeschäfte; Willensvermögen (Handlungsunfähigkeit der juristischen Personen, der Wahnsinnigen, der Kinder); Richtung des Willens auf einen juristischen Zweck (beschränkte Handlungsfähigkeit der Unmündigen, der Frauen, der Verschwender — Einfluß der Cura auf die Handlungsfähigkeit, namentlich bei Minderjährigen S. 38 ff. —): Aeußerung des Willens (Form des Rechtsgeschäfts, Simulation, Undeutlichkeit).

Handlungen durch Stellvertreter; beschränkte Zulassung.

Inhalt des Rechtsgeschäfts: wesentlicher und außerwesentlicher; Haupt- und Nebenbestimmungen, insonderheit Bedingungen: Begriff, Arten, Wirkung, Zulässigkeit (rechtswidrige und unsittliche, unmögliche Bed.). — Ungültigkeit eines Rechtsgeschäfts: Nullität, Anfechtbarkeit.

b. Schenkungen § 205. 206. S. 49—60.

Veräußerung: gegen oder ohne Aequivalent. Begriff der Schenkung, Mannigfaltigkeit der Rechtsgeschäfte, in denen sie enthalten sein kann. Mortis causa donatio.

Widerruflichkeit einer Schenkung: des Patrons, des Vaters ꝛc., wegen Undanks. Widerruflichkeit nach der Lex Cincia. Nichtigkeit einer übermäßigen Schenkung wegen mangelnder Insinuation.

B. Gegenstand der Rechte § 207. S. 60—63.

Uebersicht der Rechte nach ihren Gegenständen.

C. Schutz der Rechte § 208. 209. S. 63—78.

Vollkommener, unvollkommener Schutz. Veränderungen der Rechte von dieser Seite. Klagverjährung: Geschichte; Voraussetzungen (Unterbrechung), Wirkung.

Veränderung von bestehenden Rechten durch in integrum restitutio; materielle Erfordernisse: Läsion; iusta causa: Minderjährigkeit (lex plaetoria), Abwesenheit, Drohung, Betrug, Irrthum; Beschränkung der Restitution.

Zweites Kapitel: Von dem Recht der Persönlichkeit.

Voraussetzungen § 210. S. 79—81.

Existenz eines menschlichen Individuums. Entziehung, Beschränkung der Persönlichkeit, status.

A. Libertas:

a. Die Sclaven § 211—213. S. 81—95.

Entstehung der Sclaverei durch Kriegsgefangenschaft, durch Geburt (S. C. claudianum).

Zustand der Sclaven: gesetzliche Milderung desselben. Potestas; Anerkennung gewisser Rechtsverhältnisse; statuliberi und factische Freiheit (in libertate esse).

Uebergang zur Freiheit. Erfordernisse der Manumission: Form (lex iunia), Fähigkeit des Manumissors (lex aelia sentia), Alter des Sclaven (l. aelia sentia, iunia), lex furia caninia. Freiheit ohne Manumission.

b. Die Freien § 214. 215. S. 95—100.

Begriff der Freiheit. Mittelzustände: factische Dienstbarkeit, auctoramentum, redemtio ab hostibus, addictio, mancipium, Colonat.

Freigeborne und Freigelassene (natalibus restitui, ius aureorum anulorum).

B. Civitas:

a. Cives § 216. S. 100—104.

Politische, privatrechtliche Civität. Bürgerliche Ehre (ignominia: infamia, nota censoria, turpitudo). Einfluß des Standes, der Religion.

b. Nichtcives § 217. S. 104—108.

Peregrinen (dediticii ex l. aelia sentia). Latinen (latini coloniarii, iuniani etc.).

c. Uebergang zur Civität § 218. S. 108—112.

Civität durch Geburt, durch Freilassung, durch Uebergang aus Peregrinität oder Latinität (l. aelia sentia etc.). — Abweisung einer neueren Auffassung der Freiheit und Civität.

C. Familia § 219. S. 112—116.

Einfluß der Familie auf die Rechtsfähigkeit nach älterem, nach neuerem Recht. Beschränkungen der in patria potestate und in manu Stehenden.

Capitis Deminutio § 220. S. 116—124.

Begriff (verschiedene Ansichten), Arten: maxima (feindliche Gefangenschaft, Postliminium; Verkauf; Verurtheilung), media (Vertauschung des Bürgerrechts, Verurtheilung), minima (Begriff, Fälle, Wirkungen).

Status Controversia § 221. S. 124—126.

Verschiedene Veranlassung und Form der status quaestio. Vertretung dabei.

Drittes Capitel: Von dem Recht des Besitzes.

Von den Sachen § 222. 223. S. 127—135.

Res corporales, incorporales. Theile. Universitates rerum.

Bewegliche, unbewegliche Sachen (praedia rustica, urbana, suburbana). Commercium der Sachen: res divini iuris, res sanctae; res omnium communes, res publicae (Uebergang von öffentlichem Land in Privateigenthum: Limitation).

Der Besitz § 224. 225. S. 135—142.

Rechtliche Existenz des Besitzes, Zusammenhang mit dem Recht der Persönlichkeit.

Possessorische Interdicte: retinendae, recuperandae possessionis (Veranlassung dieser letzteren).

Juristischer Besitz § 226. 227. S. 142—147.

Corpus und animus als Elemente des Besitzes. Verschiedenheit des animus: animus domini. Usucapionsbesitz.

Historischer Ursprung des Besitzrechts.

Erwerb und Verlust des Besitzes § 228. S. 147—152.

Erfordernisse des Erwerbes von Seiten des corpus (Apprehension), des animus. Verlust durch corpus oder animus in contrarium actus. Fortsetzung und Erwerb durch Repräsentanten (constitutum possessorium).

Möglichkeit des Besitzes § 229. S. 152—156.

Ausschließung des Besitzes um seiner factischen Natur willen bei gewissen Personen und Gegenständen, Mehrheit von Besitzern derselben Sache. Besitz an Theilen. Ausschließung um seiner rechtlichen Natur willen bei gewissen Personen und Gegenständen. Umgekehrt Annahme des Besitzes, wo natürlich betrachtet kein Besitz existirt (abgeleiteter Besitz).

Ausdehnung des Besitzes auf unkörperliche Dinge § 230. S. 156—160.

Quasibesitz. Interdicta velut possessoria. Erwerb und Verlust des Quasibesitzes.

Viertes Kapitel: Von dem Eigenthum.

Allgemeine Natur des Eigenthums § 231—234. S. 161—179.

Begriff des Eigenthums: Gegenstand (Eigenthum an Theilen), Totalität (gesetzliche Beschränkungen des Eigenthums). Miteigenthum.

Eigenthumsklage: rei vindicatio (Beklagter, Zweck, Früchte, Verwendungen), negatoria in rem actio.

Beweis des Eigenthums. Publiciana in rem actio.

Actio finium regundorum: Veranlassung und Theorie; Geschichte derselben (Zwölf Tafeln, Lex Mamilia, spätere Gesetzgebung).

Geschichte des Eigenthums § 235. 236. S. 179—193.

System des vorherrschenden Staatseigenthums. Privateigenthum, quiritisches Recht. Gegensätze: Eigenthum an Provincialgrundstücken, Eigenthum der Peregrinen.

Bonitarisches Eigenthum, Verhältniß zur Unterscheidung der Erwerbungen in civile und natürliche, Geschichte des bonitarischen Eigenthums. Späteres Recht: ungünstige Stellung des kleineren Grundeigenthums.

Erwerbung des Eigenthums § 237. S. 193 f.

Erwerbungen aus dem Jus civile § 238—240. S. 194—215.

Erwerbung vom Staat (emtio sub corona, sectio, Assignation ꝛc.); in iure cessio; mancipatio (res mancipi); adiudicatio; hereditas; lex.

Usucapio. Bedeutung, Erfordernisse: Zeit des Besitzes (Unterbrechung), Titel (usurecceptiones), bona fides, usucapionsunfähige Sachen.

Longi temporis praescriptio. Ersitzung des späteren Rechts. Außerordentliche Ersitzung.

Erwerbungen aus dem Jus Gentium § 241. 242. S. 215—231.

Traditiion (vom s. g. transitus legalis): iusta causa, Fähigkeit (Veräußerungsverbote, Wirkung vertragsmäßiger); iactus missilium, Fruchterwerb durch Perception. Occupation: herrenlose Sachen durch Dereliction (Cultur verlassenen Landes), Sachen der Feinde (Postliminium), wilde Thiere, Schätze.

Eigenthumserwerb durch Verbindung mehrerer Sachen (Confusio, Specification, Accession, Fruchterwerb des b. f. possessor ꝛc.).

Beschränkung des Eigenthums durch Jura in re § 243. S. 231—234.

Conservativer Charakter der iura in re, Natur und Anzahl derselben.

Fünftes Kapitel: Von der Superficies und Emphyteuse.

Superficies § 244. S. 235—237.

Ager vectigalis und Emphyteusis § 245. S. 237—242.

Ursprung des Rechts am ager vectigalis. Uebergang in die Emphyteusis. Juristischer und wirthschaftlicher Charakter des emphyteutischen Vertrags mit ihren Consequenzen.

Sechstes Kapitel: Von dem Pfandrecht.

Allgemeine Natur des Pfandrechts § 246. S. 243—245.

Allgemeiner Inhalt des Pfandrechts, besonderer (Vergleichung mit dem sonstigen Recht des Gläubigers auf Befriedigung aus den Gütern des Schuldners). Formen der Verpfändung.

Die Fiducia § 247. S. 246—248.

Erläuterung des Geschäfts, Wirkung (lex commissoria).

Das einfache Pignus § 248. S. 248—250.

Pignoris capio: pignus praetorium; vertragsmäßiges pignus. Beschränkte Wirkung vor der Entstehung der Hypotheken.

Die Hypothek § 249—251. S. 250—268.

Unterschied von Fiducia und Pignus. Jus in re. Reform des Pfandrechts durch Einführung der Hypotheken: Gegenstände, Entstehung (gesetzliche Hypotheken). Mehrheit von Pfandrechten an derselben Sache (Alter, Privilegium, Pignus publicum).

Klagen aus dem Pfandrecht (Geschichte): interdictum salvianum, actio serviana, quasi serviana. Aufhebung des Pfandrechts, insonderheit: Tilgung der Forderung, Confusion, Verkauf (Jus Dominii impetrandi).

Siebentes Kapitel: Von den Servituten.

Allgemeine Natur der Servituten § 252. S. 269—274.

Erklärung des Namens. Inhalt: positive, negative Servituten (keine Servitut in faciendo); Bestimmung für ein gewisses Subject: Personal-, Realservituten. Begriffe von usus und fructus. Untheilbarkeit; Unveräußerlichkeit.

Servitus praediorum § 253. 254. S. 274—281.

Oberste Grundsätze: 1) Servituten für Grundstücke (Maß der Benutzung, servitutes praediorum rusticorum, urbanorum), einzelne Servituten; 2) an Grundstücken; 3) Vicinität.

Servitutes personarum § 255. S. 281—286.

Usus, Ususfructus (Inhalt); quasi ususfructus. Habitatio und operae.

Die Klagen aus den Servituten und ihre Begründung § 256. S. 286—292.

Confessoria actio, Beweis: Entstehung der Servituten, iure civili und tuitione praetoris (Usucapion, lex scribonia); justinianisches Recht.

Aufhebung der Servituten § 257. S. 292—297.

Aufhebung aus der Natur der dinglichen Rechte (Untergang der Sache), der iura in re (Confusion), der Servituten (Untergang des Subjects), Aufgeben, non usus.

Achtes Kapitel: Von den Obligationen.

Gegenstand § 258—261. S. 298—315.

Begriff der Obligatio. Recht an einer Handlung. Qualität der Handlung.

Dare, facere, praestare. Mehrheit von Leistungen. Interesse. Quanti res est. Als Verkaufswerth. Als Vermögensdifferenz. Schätzung durch Eid, nach Rechtsregeln.

Zinsen. Grund der Zinsverbindlichkeit. Maß der Zinsen. Anatocismus.

Subjecte der Obligatio § 262—267. S. 315—333.

Möglichkeit Gläubiger oder Schuldner zu sein. Einseitigkeit und Gegenseitigkeit der Obligatio.

Mehrheit der Subjecte. Solidarische Obligation. Correalobligation.

Accessorische Berechtigung und Verpflichtung. Adstipulatoren. Adpromissoren. Bürgschaftsstipulationen.

Intercession. Verbot der intercessio mulierum. Aelterer und neuerer Gesichtspunkt. Verpflichtung aus Rechtsgeschäften Anderer.

Exercitoria, institoria, tributoria, de peculio, de in rem verso actio. Veränderung in den Subjecten. Reallast. Vererbung. Delegation. Cession. Lex Anastasiana.

Wirkung der Obligatio § 268 u. 269. S. 333—345.

Zeit der Erfüllung. Klaglose Obligatio.

Klagbare Obligatio. Verschiedenheit der Kläger. Bonae fidei obligationes. Stricta iudicia. Verstärkte Wirkung. Nexum. Strafsponsionen. Conventionalstrafe.

Entstehung der Obligatio:

Geschäftsobligationen und Delictsobligationen § 270. S. 346 f.

Von den obligatorischen Rechtsgeschäften § 271—276. S. 347—366.

Contracte. Inhalt und Form.

Contracte durch Res. Nach Civilrecht: Fiducia, actio auctoritatis. Fälle des Jus Gentium. Mutuum (S. C. Macedonianum), Commodatum, Depositum, Pignus, praescriptis verbis actio. Condictionen ohne Contract.

Contracte durch Verba. Des Schuldners: Dotis Dictio. Votum. Jurata Promissio Liberti. Beider: verborum obligatio.

Contracte durch Literae. Ausscheidung bloßer Beweisurkunden. Verpflichtung nach römischem Recht: transscripticia nomina. Nach peregrinischem Recht: Syngraphae und chirographa. Exceptio non numeratae pecuniae und dotis.

Contracte durch Consensus. Emtio et venditio. Locatio et conductio. Societas (communio). Mandatum (negotia gesta).

Verpflichtung durch Pacta. Selbständige Verträge. Nebenverträge.

Von den unerlaubten Handlungen § 277 u. 278. S. 366—375.

Verpflichtung durch Delicte. Furtum. Rapina. Damnum. Iniuria. Actiones quasi ex delicto. Noxalklagen.

Modificationen bestehender Obligationen durch unerlaubte Handlungen. Dolus und Culpa. Mora.

Aufhebung der Obligatio § 279 u. 280. S. 375—381.

Aufhebung ipso iure oder per exceptionem. Gründe der letzteren.

Einzelne Erlöschungsgründe. Aufhebungsarten, die den einzelnen Contractsformen entsprechen. Allgemeine Aufhebungsarten. Solutio. Compensatio. Novatio. Aufhebung ohne Befriedigung des Gläubigers.

Neuntes Kapitel: Die den Vermögensrechten analogen Rechte an Personen.

Potestas über Sclaven § 281. S. 382 f.

Patria Potestas § 282—284. S. 384—391.

Inhalt der väterlichen Gewalt. Macht über die Existenz. Erwerb des Vaters durch die Kinder. Castrensia, Adventicia.

Entstehung der väterlichen Gewalt. Durch Erzeugung in einer römischen Ehe. Durch Legitimation. Durch Adoption.

Endigung. Ohne Capitis Deminutio des Kindes. Mit Capitis Deminutio.

Manus § 285. S. 391—393.

Mancipium § 286. S. 393.

Zehntes Kapitel: Die reinen Rechte an Perſonen.

Die Ehe § 287—294. S. 394—413.

Begriff der Ehe. Geſchlechtsvereinigung für das ganze Leben in allen ſeinen Beziehungen. Unterſcheidung des matrimonium iuris civilis und iuris gentium. Aeußerliche Geſchlechtsverhältniſſe. Concubinat. Contubernium.

Möglichkeit der Ehe (connubium). Abſolute Unfähigkeit. Relative.

Schließung der Ehe.

Auflöſung. Unwillkürlicher Eintritt eines Ehehinderniſſes. Scheidung. Güterrecht. Dos. Beſtellung. Rechte während der Ehe. Rechte nach aufgelöſter Ehe.

Donatio propter nuptias.

Einfluß der Ehe auf Rechtsgeſchäfte und Delicte unter Ehegatten.

Elterliches und Kinderrecht § 295. S. 413.

Das Patronatrecht § 296. S. 413—415.

Die Vormundſchaft § 297—302. S. 415—427.

Tutela und Cura.

Tutel über Unmündige.

Cura. Ueber Wahnſinnige. Verſchwender. Minderjährige. Aus andern Gründen.

Gemeinſames. Adminiſtration und Obligation zwiſchen Vormund und Mündel. Unfähigkeit und Excuſation.

Tutela Mulierum.

Elftes Kapitel: Von dem Erbrecht.

Grundbegriffe § 303. S. 428 u. 429.

Hereditas.

A. Delation der Hereditas:

a. Legitima Hereditas § 304 u. 305. S. 430—435.

Aelteres Recht. Recht der zwölf Tafeln. S. C. tertullianum. S. C. orphitianum. Erbrecht der Ehegatten. Erbrecht der Freigelaſſenen. Neueſtes Recht.

b. Testamentaria Hereditas § 306—311. S. 435—447.

Form des Teſtaments.

Fähigkeit zu teſtiren.

Inhalt des Teſtaments: Inſtitution, Subſtitution, Exheredation.

Ungültigkeit der Teſtamente.

B. Erwerbung des Erbrechts § 312—314. S. 447—457.

Art der Erwerbung.

Fähigkeit zu erwerben. Capacität. Eröffnung der Teſtamente.

Wirkung des Erwerbes.

C. Usucapio hereditatis § 315. S. 457.

Bonorum Poſſeſſio § 316—320. S. 458—471.

Das Allgemeine. Wirkung. Verhältniß zur Hereditas. Veranlaſſung.

Einzelne Fälle. b. p. intestati. secundum tabulas. b. p. contra tabulas.

Neueſtes Recht.

Vermächtniſſe § 321—324. S. 471—482.

Legate. Anordnung. Erwerb. Aufhebung. Beſchränkung.
Fideicommiſſe.
Völlige Ausgleichung der beiden Vermächtnißformen.
Univerſalvermächtniſſe.

Mortis Cauſa Capiones § 325. S. 482.

Caduca und Ereptoria § 326. S. 482—485.

Zwölftes Kapitel: Die Rechte an einem Vermögen außer dem Erbrecht § 327. S. 486—488.

Viertes Buch.

System und Geschichte des römischen Privatrechts.

Einleitung.

CLXXXIX. Die Geschichte des römischen Privatrechts in seinem Zusammenhang mit dem gesammten Körper des römischen Rechts: wie es in ältester Zeit von dem öffentlichen beherrscht war, und sich nachher von dieser Oberherrschaft befreite; wie es sodann selbst sich anfangs in den engen Schranken einer individuellen Nationalität hielt, bis neben diesem Jus civile ein allgemeineres Princip sich erhob, und im Jus Gentium und seinem vornehmsten Organ, den magistratischen Edicten, zu gleicher Macht gelangte; wie ferner in einzelnen Punkten eine politischen Rücksichten folgende Gesetzgebung eingriff; wie endlich die Wissenschaft dieses gesammten Stoffs sich bemächtigte, und allen diesen Einflüssen ihre gebührende Stelle anwies, wie sie die Einheit des Rechts in der Mannigfaltigkeit dieser Elemente herzustellen und zu erhalten bemüht war, und wie zuletzt am Eingang zur neuen Zeit die kaiserlichen Gesetzgeber das individuell nationelle Element in seinen hervorstechenden Eigenthümlichkeiten auszuscheiden, die altrömischen Formen abzustreifen begannen, um das Recht anderen Zeiten, anderen Sitten anzubequemen, — alles dieses hat das zweite Buch dem Leser vorzuführen versucht.

Die Aufgabe dieses vierten Buchs ist, das Privatrecht als einen besondern Organismus darzustellen: systematisch in den einzelnen Rechten, in die es sich gliedert; historisch, die geschichtliche Entwickelung der einzelnen Institute verfolgend. Die Geschichte wird hier ein der systematischen Darstellung untergeordnetes Element.

Die systematische Darstellung hat den Zusammenhang der Rechte unter einander und mit dem ganzen Privatrecht, dessen Glieder sie sind, aufzuzeigen, und zugleich die innere Ausbildung eines jeden einzelnen vor Augen zu stellen. Dieses letztere Moment beruht auf zwei Punkten: dem Wesen jedes Rechts, und der Veränderung, die mit ihm vorgehen kann.

Ein Recht setzt wesentlich dreierlei voraus: 1) eine Person, die sein Subject ist; 2) einen Gegenstand, welcher der Macht des Berechtigten unterworfen wird; 3) die Anerkennung durch den allgemeinen Willen, die sich als Schutz des Rechts gegen Verletzungen gestaltet.

Die Veränderungen, die mit einem Recht vorgehen können, betreffen diese drei Punkte: 1) das Subject, darauf bezieht sich die Lehre von der Entstehung und dem Untergang der Rechte; 2) den Gegenstand, der Umfang des Rechts kann dadurch erweitert oder beschränkt werden; 3) den Schutz, die Wir-

kung des Rechts kann durch eine Modification des Schutzes verändert, gemindert oder gänzlich aufgehoben werden.

Diese Gegenstände sollen in dem folgenden ersten Kapitel für die Rechte im allgemeinen betrachtet werden. Es enthält die allgemeinen Bestimmungen, die gleichsam die Atmosphäre, worin die einzelnen Rechte sich bewegen, ausmachen; ihre Kenntniß ist die Vorbereitung für den Inhalt der übrigen Abschnitte, die sich mit dem Eigenthümlichen der einzelnen Rechte beschäftigen werden.

Erstes Kapitel.

Von den Rechten überhaupt.

A. Subject der Rechte.

a. Arten der Personen.

CXC. Ein Recht, da es eine Macht ist, existirt nur dadurch, daß eine Person als Subject desselben anerkannt wird. Die Frage, wer Subject eines Rechtsverhältnisses sei, ist die erste, die uns bei der Betrachtung desselben aufstößt. Sie kann aber in einem doppelten Sinn aufgeworfen werden: 1) wer kann Subject eines Rechts (überhaupt oder eines gewissen) sein, mit andern Worten, wem kommt die Eigenschaft, Person zu sein (Persönlichkeit, Rechtsfähigkeit) überhaupt und in dem für das in Frage stehende Recht vorausgesetzten Umfang zu? 2) wer ist Subject dieses Rechts, welches ist die Person, der es wirklich zusteht? Auf diese zweite Frage bezieht sich die Lehre von dem Erwerb und Verlust der Rechte (§ 198 ff.), jene erste ist es, die uns hier beschäftigt.

Vor allem ist der Mensch Person, aber auch andere Wesen sind im Recht als Person behandelt worden: es giebt zwei Arten von Personen, natürliche (physische) und juristische (moralische, fingirte).

Nun ist jedoch die Persönlichkeit des Menschen (der natürlichen Person) keineswegs bloß als Voraussetzung von Rechten aufzufassen. Sie ist nicht um der Rechte willen vorhanden und angenommen, sondern die Rechte sind um des Menschen willen da, hominum causa omne ius constitutum est.[a]) Die Persönlichkeit des Menschen ist selbst ein Recht (§ 30), das seinem Inhalt nach die Bedingung der übrigen Rechte ist und daher an ihrer Spitze, aber dennoch in der Reihe der einzelnen Rechte steht. Dort ist daher der Ort (Kap. 2), die Bedingungen dieser Persönlichkeit und damit zugleich die Voraussetzungen, unter denen der Mensch als Subject von Rechten gilt, darzustellen. — Dagegen ist ein Punkt, der schon hier zur Sprache kommen muß, der Einfluß, den die natürliche Stellung des Menschen auf die Natur der Rechte, deren Subject er ist, ausübt. Diese Betrachtung wird sich an die Lehre von den Arten der Personen anschließen (§ 193—197).

Anders verhält es sich mit den juristischen Personen, die nur, um ein Sub-

---

a) L. 2 D. de statu hominum (1, 5).

ject für gewisse Rechte zu haben, angenommen sind. Von diesen gilt umgekehrt, daß sie nur um der Rechte willen da sind, denen eine Existenz, ohne sie unmittelbar auf den Menschen als ihr Subject zu beziehen, verschafft werden soll. Man kann bei ihnen nicht von einem Recht der Persönlichkeit sprechen. Diese Lehre von den juristischen Personen ist daher hier abzuhandeln.

CXCI. Das Recht ist ausschließlich für den Menschen bestimmt. Hiernach müssen wir alle Rechte auf ihn beziehen. Aber diese Beziehung kann, wenn wir die juristische Gestalt dieses Satzes ins Auge fassen, eine unmittelbare oder eine mittelbare sein. Eine unmittelbare, wenn der Mensch, die natürliche Person, auch formell als das Subject eines Rechts gilt, eine mittelbare, wenn zwischen die Menschen, denen das Recht zu Gute kommt, und dieses Recht ein Wesen sich einschiebt, welches als das eigentliche juristische Subject desselben betrachtet wird. So ist z. B. das Staatsgut, das Eigenthum einer Gemeinde ꝛc. gewiß auch für die Zwecke der Menschen bestimmt, sie sind nur um der Menschen willen da, aber nicht diese, die den Staat, die Gemeinde bilden, gelten juristisch als Subjecte jener Rechte, sondern der Staat, die Gemeinde selbst, die Idee der Gesammtheit (universitas), die somit als eine Person behandelt wird.

Es ist eine Fiction, auf welcher die Annahme juristischer Personen beruht,[a] was ist ihre Veranlassung? Nicht in mißgünstiger Gesinnung gegen die natürlichen Personen sind ihnen juristische an die Seite gesetzt, die ihnen einen Theil der vorhandenen Güter entziehen; auch diese Güter sollen jenen zu Gute kommen; nur diesen Erfolg bei gewissen Zwecken desto sicherer zu erreichen, und den Verhältnissen, um die es sich handelt, eine entsprechende rechtliche Ordnung zu geben, sind jene Personen als unmittelbare Subjecte jener Rechte fingirt worden. Man kann sagen, der Zweck selbst, für den sie bestimmt sind, wird als rechtliches Subject der Güter betrachtet. Dieß wird sich sofort bei den einzelnen Arten der juristischen Personen, die nun aufgezählt werden sollen, herausstellen.[b]

1) Die Thätigkeit des Staates nach Außen und Innen fordert einen beträchtlichen Aufwand, zu dessen Bestreitung Güter angewiesen sind und auf verschiedenen Wegen aufgebracht werden. Wie der Staat selbst, so sind auch diese Güter, die er für seine Zwecke verwenden soll, um der Menschen willen da, welche diese politische Verbindung begreift. Aber diese Güter sind nicht für die Zwecke der Menschen, sofern wir sie als einzelne denken, bestimmt, sondern für ihre öffentlichen, für ihre Zwecke als Glieder des Staats. Dieser Bestimmung nun wäre es völlig unangemessen, wenn die Einzelnen als Eigenthümer jener Güter behandelt würden, wie bei denen, welche zur Befriedigung ihrer Bedürfnisse als Einzelner wirklich bestimmt sind. Wollte man ein solches Eigenthum aller Bürger an den Staatsgütern annehmen, so müßte man demselben, um die für die öffentlichen Zwecke daraus zu befürchtenden Consequenzen zu beseitigen, eine ganz singuläre, von dem sonstigen Eigenthumsbegriff abweichende Gestalt geben, bei der es am Ende kaum mehr Eigenthum bliebe. Das Einfachere und allein Sichere ist, den Staat selbst, die Gesammtheit, als Eigen-

---

a) S. z. B. L. 1 pr. D. de div. rer. (1, 8): — res publicae — ipsius universitatis esse *creduntur*.

b) Vgl. zu dem Folgenden v. Savigny System des heut. R. R. II § 86 ff., auch Dirksen histor. Bemerkk. über den Zustand der juristischen Personen nach R. R., Civilist. Abhandl. II 1. [Brinz Pandecten 1860 § 226 ff., A. Pernice Labeo I (1873) S. 224 ff.]

thümer zu behandeln, und daher zur juristischen Person zu machen. Dieses Vermögen, welches ohne sichtbares Subject besteht und den Staat zum unsichtbaren Eigenthümer hat, heißt bei den Römern aerarium, später fiscus. Aerarium und fiscus ist der Staat, insofern er Vermögen hat, und somit als juristische Person gilt.

2) Dasselbe, was vom Staat im Ganzen gesagt worden ist, gilt auch von den mit ihm gleichartigen Corporationen, aus denen er besteht. Die älteste Gliederung des römischen Staats in Curien und Gentes war von der Beschaffenheit, daß diese Vereine auch ihr besonderes Vermögen für öffentliche Zwecke hatten, namentlich um daraus die sacra pro curiis, pro gentibus zu bestreiten. Dazu kamen die Genossenschaften der montes und pagi (§ 40 S. 77), die als quiritischen Ursprungs, nachher auf die Plebs übergingen. Als später der enge Zusammenhang dieser Vereine mit dem Staat aufhörte, trat eine andere Classe von öffentlichen Corporationen auf: die von Rom abhängigen, und nach und nach in den Staat als untergeordnete Glieder desselben hereingezogenen Stadtgemeinden, die civitates, respublicae, municipia (oder was dieselbe Bedeutung hat: municipes) und wie sie sonst nach ihren verschiedenen Arten heißen (§ 65). Die Dörfer, vici, die in politischer Hinsicht keine selbständigen Gemeinden bilden, sondern einer städtischen incorporirt sind, gelten in privatrechtlicher als Personen für sich mit einem eigenen, von dem der Stadtgemeinde abgesonderten Vermögen.[c])

3) Es giebt Corporationen, die mit dem Staat nicht so gleichartig sind, wie die Gemeinden, dennoch aber durch ihre Zwecke mit ihm in einem engen Zusammenhang stehen. Solche waren die Collegien der Priester an den einzelnen Tempeln; um die Gottesdienste, die im heidnischen Rom durchaus als Staatssache behandelt wurden, zu sichern und vom Zufall unabhängig zu machen, waren die Tempel mit besondern Gütern dotirt, die durch Erwerbungen verschiedener Art vermehrt werden konnten. Als das Subject dieses Vermögens wird das ständige Collegium der Priester des Tempels betrachtet, und eben so ist es zu verstehen, wenn der Tempel selbst oder der Gott, dem er geweiht ist, als Person bezeichnet wird.[d]) Aber auch für den unmittelbaren öffentlichen Dienst bestimmte Vereine wurden als juristische Personen anerkannt, so das Corpus der Decurionen einer Stadt, die Curia, welche eines besonderen, von dem der Stadt getrennten Vermögens fähig war,[e]) ferner die Legionen und andere militärische Abtheilungen,[f]) sodann die Vereine (decuriae) der Personen, die sich den niederen Geschäften des Staatsdienstes, der Schreiberei, dem Rechnungswesen ꝛc. widmeten, und aus denen die Magistrate ihr Dienstpersonal nahmen,[g]) in der vierten Periode wurde der untere Dienst mehr geordnet, und damit auch das Recht dieser Decurien, die sich auf ihn bezogen.

4) Eine entferntere Beziehung auf den Staat haben die Corporationen von Handwerkern, welche sich schon frühzeitig in Rom bildeten, und denen

---

c) L. 73 § 1 D. de leg. I (30).

d) L. 38 § 6 D. de leg. III (32) Ulpian. fragm. XXII 6.

e) L. 3. 7 § 2 D. quod cuiusc. univ. (3, 4). Cod. VI 62: de hereditatibus decurionum etc. X 34: de praediis curialium sine decreto non alienandis. X 35: quando et quibus debetur quarta pars ex bonis decurionum etc. Ueber das Interesse des Staats an der Erwerbsfähigkeit der Curie s. Band I § 123 S. 346 ff. In der späteren Zeit wurden Stadtvermögen und Vermögen der Curie durcheinander geworfen.

f) L. 6 § 7 in f. D. de iniusto test. (28, 3) L. 2 C. de hered. decur. (6, 62).

g) S. z. B. L. 3 § 4 D. de bon. poss. (37, 1): a — decuriis — bonorum possessio agnosci potest.

ebenfalls Persönlichkeit beigelegt wurde;[h]) um eines solchen Interesses willen, welches der Staat bei ihnen hat, sind auch einigen Erwerbsgesellschaften Corporationsrechte eingeräumt worden, so den zur Pachtung der öffentlichen Einkünfte (societates publicanorum, socii vectigalium publicorum), ferner den zum Betrieb von Berg- und Salzwerken eingegangenen Gesellschaften (societates aurifodinarum, argentifodinarum, salinarum).[i]) Es kam ferner schon früh in Rom vor, daß gesellige Vereine, die in gemeinschaftlichen Mahlzeiten und Gottesdiensten hervortraten, gestiftet wurden, ohne Zweifel als Ersatz der Geselligkeit, welche die ältesten Abtheilungen des Volks mit sich geführt hatten; auch diese sodalitates oder sodalicia (collegia sodalicia) wurden, sofern sie gemeines Vermögen besaßen, als juristische Personen behandelt. Da man gegen das Ende der freien Republik in ihnen einen Heerd der Umtriebe und Ruhestörungen erblickte, in welchen gefährlichen Charakter auch manche Zünfte ausgeartet waren, wurden sie mehrmals aufgehoben und wiederhergestellt.[k]) Unter den Imperatoren, wo man um die Erweckung und Erhaltung bürgerlichen Gemeinsinns, um dessen willen früher die Collegien begünstigt worden waren, nicht mehr besorgt war, wurde überhaupt eine besondere Genehmigung des Senats oder des Princeps gefordert, damit der Verein nicht als ein verbotener, die Theilnahme daran als ein Vergehen gelte.[l]) Den Einfluß hatte aber noch immer der frühere Stand der Sache, daß einem solchen Collegium, wenn es nur nicht illicitum, also wenn es genehmigt war, die juristische Persönlichkeit beigelegt wurde.

5) Sobald das Christenthum im römischen Staat unter Constantin anerkannt war, mußte auch der ihm entsprechenden äußeren religiösen Gemeinschaft die Fähigkeit Vermögen zu haben, also Persönlichkeit beigelegt werden. Analog den Staatsverhältnissen kommt diese Persönlichkeit der Kirche im Ganzen, soweit sie durch eine gemeinsame Verfassung ein juristisches Dasein hat, und den einzelnen Bestandtheilen derselben, den Kirchengemeinden, zu. So wie aber im heidnischen Rom die Religionsgemeinschaft im Ganzen nicht ein von dem Staat unterschiedenes Dasein hatte, sondern nur die einzelnen Tempel mit ihren Priestern, als besondere juristische Personen erschienen, so erhob sich auch die Gesetzgebung der christlichen Kaiser nicht zur vollen Anerkennung der Kirche im Ganzen als juristischer Person neben dem Staat, sondern beschränkte sich,

---

h) Niebuhr röm. Gesch. III S. 349. Vgl. Heineccius de collegiis et corporibus opificum (Opp. II 9). [Mommsen de collegiis et sodaliciis rom. 1843, Max Cohn zum röm. Vereinsrecht 1873.]

i) L. 1 pr. D. quod cuiusc. univ. (3, 4) L. 59 pr. D. pro soc. (17, 2).

k) Ascon. in pisonian. § 8 (Orell. p. 7 sq.) in cornel. (Orell. p. 75).

l) L. 3 § 1 D. de collegiis et corpor. (47, 22). [Nur eine Art von Collegien machten hiervon eine Ausnahme: die collegia tenuiorum, qui stipem menstruam conferre volent, d. h. die Sterbecassen- oder Begräbnißvereine unter den ärmeren Volksclassen. Hierauf bezieht sich: L. 1 pr. § 2 D. de colleg. et corpor. (47, 22): permittitur tenuioribus stipem menstruam conferre; dum *tantum* semel in mense coëant, ne sub praetextu huiusmodi illicitum collegium coëat — non licet autem amplius quam unum collegium licitum habere — und der Abschnitt des Senatusconsults in den Statuten der Ianuviniſchen Begräbnißcorporation (§ 118 a. E.) Kaput ex S. C. P. R. *tenuiorib(us) con*venire collegiumq(ue) habere liceat, qui stipem menstruam conferre vo*lent*, *dumne ultra* in I (unum) collegium coëant, neque sub specie eius collegii nisi semel in mense *coëant aeris con*ferendi causa, unde defuncti sepeliantur. In den Christengemeinden traten freie Liebesgaben an die Stelle der statutenmäßigen Beiträge und Gelage: Tertullian. apolog. 39. modicam unusquisque stipem menstrua die vel cum velit — apponit. nam nemo compellitur, sed sponte confert. haec quasi deposita pietatis sunt. Vgl. Huschke Zeitschr. f. g. R. XII S. 207—219. R.]

praktisch wenigstens, darauf, die einzelnen bischöflichen und Pfarrkirchen als die Subjecte des Kirchenvermögens zu behandeln. So verordnet Justinian, daß wenn ein Testator sich eines allgemeineren, auf die Kirche im Ganzen zu beziehenden Ausdrucks bedient hätte, das Hinterlassene der Kirche seines Wohnorts zufallen solle.[m])

6) Wenn jemand Güter für einen besonderen (also von den allgemein kirchlichen verschiedenen) frommen Zweck stiften will, z. B. für die Unterstützung der Armen, für die Krankenpflege, für die Erziehung Bedürftiger u. s. f., so kann er möglicherweise eine bestehende, natürliche oder juristische, Person zur Eigenthümerin machen, mit der Auflage, daß sie diese Güter zu jenen, von ihm vorgeschriebenen Zwecken verwende. So kann der Staat, oder eine Gemeinde, oder die Kirche zum Subject eines solchen Stiftungsvermögens werden. Hat nun aber der Stifter dies nicht gethan, sondern schlechthin die Güter dem von ihm bezeichneten Zweck bestimmt, so sollen sie auch nicht ins Eigenthum einer andern Person kommen, sondern als ein selbständiges Vermögen behandelt werden.[n]) Es wird in ihnen eine Persönlichkeit angenommen, die als das Subject des Vermögens gilt. Der Zweck selbst ist gewissermaßen die Person, der die Güter zustehen, daher hat man die juristischen Personen, die durch solche Stiftungen entstehen, nicht unpassend piae causae genannt.[o])

7) Wenn jemand stirbt, der Vermögen hat, so soll dieses nicht untergehen, Rechte und Verbindlichkeiten, welche die Bestandtheile seines Vermögens waren, sollen erhalten werden. Diese Fortdauer des Vermögens über die Existenz der natürlichen Person, die sein Subject war, hinaus ist nicht denkbar ohne Annahme eines andern Subjects, dem das Vermögen zugeschrieben wird, da ein Vermögen nicht ohne Subject möglich ist. Dieses Subject ist die Persönlichkeit des Verstorbenen, die noch immer in seiner Verlassenschaft als fortwirkend und sie zu einem Ganzen zusammenhaltend gedacht wird, und die der Erbe, der in die Güter eintritt, repräsentirt. So wird die Erbschaft als Subject einer juristischen Persönlichkeit behandelt, allerdings nur zu jenem Zweck, die Erhaltung des Vermögens, seinen Uebergang auf Ueberlebende, und die rechtliche Stellung dieser Successoren zu demselben möglich zu machen: hereditas personae vice fungitur, sicuti municipium et decuria et societas;[p]) hereditas enim non heredis personam, sed defuncti sustinet, ut multis argumentis iuris civilis comprobatum est.[q]) Dasselbe ist auch in andern Fällen anzunehmen, wo ein Vermögen als Ganzes in einer der Erbfolge analogen Art auf einen andern übergeht.

---

m) L. 25 C. de s. s. eccles. (1, 2). Griechisch.

n) L. 23 C. eod. L. 48 C. de episc. et cler. (1, 3).

o) Sie heißen auch pia corpora, und im Deutschen milde Stiftungen.

p) L. 22 D. de fideiuss. (46, 1). [Durch diese Vergleichung mit der Corporation wird nicht geleugnet, daß die hereditas nur Person ist, sofern sie etwas hat, und daß diese Persönlichkeit zuletzt wieder ein Gegenstand der Erwerbung für den Erben wird, — Beschränkungen, welche den Corporationen fremd sind. R.]

q) L. 34 D. de adquir. dom. (41, 1). Vgl. L. 31 § 1 D. de hered. inst. (28, 5): — creditum est hereditatem dominam esse, et defuncti locum obtinere. [Die Ausbildung dieser Fiction, welche Labeo und Javolenus noch nicht kennen (L. 13 § 5 D. quod vi 43, 24; L. 9 D. de naut. fen. 22, 2; L. 63 D. de hered. inst. 28, 5) und die erst Julian (L. 33 § 2 D. de A. R. D. 41, 1) an die Stelle der ältern, das Rechtsverhältniß nicht erschöpfenden Regel von der rückwirkenden Kraft der Antretung setzte (vgl. L. 28 § 4 D. de stip. serv. 45, 3; L. 138 pr. 139 D. de R. I. 50, 17; L. 54 D. de adq. hered. 29, 2) ist mit vielem Scharfsinn nachgewiesen von Ihering Abhandlungen (1844) S. 162 f. 212 f., vgl. Scheurl Beiträge I S. 11. 49 f. 61 f. 86 f. R. — Vgl. A. Pernice Labeo I S. 358 f.]

CXCII. Die juristischen Personen classificiren sich nach dem Subject, mit welchem die Persönlichkeit verknüpft ist, folgendergestalt:

1) Juristische Personen, deren Unterlage ein Personenverein ist: Corporationen, universitates personarum. Solche sind Staat, Gemeinden, sonstige Corporationen, die unter dem allgemeinen Ausdruck corpora oder collegia zusammengefaßt werden, endlich die Kirche. Die Glieder derselben haben bei den verschiedenen Universitates verschiedene Namen. Bei dem Staat und den Gemeinden heißen sie cives (unterschieden von den bloßen incolae, Einwohnern, Personen, die ihr Domicilium in dem Gebiet des Staats oder der Gemeinde haben, — es kann jemand civis sein, ohne incola, und incola, ohne civis zu sein); die Glieder der Collegia oder Corpora heißen collegiati oder corporati, in ihrem Verhältniß zu einander collegae oder sodales,[a]) bei den Curien überdieß curiales, bei den Decurien decuriati, bei den Societates socii.

2) Juristische Personen, deren Unterlage ein Güterinbegriff, eine universitas bonorum ist. Solche sind die milden Stiftungen, die Erbschaft.

Es ist oben bemerkt worden, daß auch die Güter juristischer Personen menschlichen Interessen bestimmt sind, aber nicht die natürlichen Personen, deren Nutzen dadurch befördert wird, sind es, welche als die Subjecte der Rechtsverhältnisse betrachtet werden dürfen. Dieß ist besonders bei den juristischen Personen der ersten Classe festzuhalten, bei denen eine Verwechselung der Glieder mit dem Ganzen am nächsten liegt. Wo von den Rechtsverhältnissen der Corporationen die Rede ist, muß von den Gliedern ganz abgesehen werden.[b]) So ist die Corporation stets dieselbe, wenn auch alle einzelnen Glieder sich verändert haben.[c]) Die Rechte einer juristischen Person stehen nicht den natürlichen Personen zu, aus denen sie besteht, und dasselbe gilt von ihren Verbindlichkeiten: kein Bürger einer Stadt kann sich einen Theil des Gemeindevermögens zuschreiben,[d]) und der Gläubiger einer Corporation kann nicht ihre Glieder als seine Schuldner behandeln.[e]) Das Verhältniß der Glieder ist nur das einer Vertretung des Ganzen, in der durch die Verfassung festgesetzten Weise (§ 202). Ganz anders bei einer bloßen Gesellschaft, die keine Corporationsrechte hat (privata societas); hier sind die einzelnen Socii, und nur diese, die Subjecte des Gesellschaftsvermögens, jeder ist pro rata Eigenthümer, Gläubiger oder Schuldner, ein anderes von den Einzelnen verschiedenes Subject der Rechtsverhältnisse existirt nicht. Wird eine solche Gesellschaft aufgelöst, so verändert sich das Subject der Güter nicht, die Einzelnen, die es bisher waren, bleiben es auch, nachdem sie aufgehört haben, eine Gesellschaft zu bilden. Die Glieder einer Corporation dagegen waren nicht die Subjecte der Rechte während des Bestehens derselben, sie sind es natürlich auch nicht, nachdem die Corporation aufgehoben ist. Die Aufhebung nimmt die Person weg, welcher allein, nicht den Gliedern, die Corporationsgüter zustanden.

Zur Entstehung einer juristischen Person gehört zweierlei: 1) die Existenz der Unterlage, mit welcher die Persönlichkeit verbunden ist, eines Personen-

---

a) Savigny System II S. 261.

b) L. 2 D. quod cuiusc. univ. (3, 4): Si municipes vel aliqua universitas ad agendum det actorem, non erit dicendum quasi a pluribus datum sic haberi; hic enim pro republica vel universitate intervenit, non pro singulis.

c) L. 7 § 2 D. eod. L. 76 D. de iudic. (5, 1).

d) L. 6 § 1 D. de div. rer. (1, 8).

e) L. 7 § 1 D. quod cuiusc. univ. (3, 4): Si quid universitati debetur, singulis non debetur, nec quod debet universitas, singuli debent.

vereins oder eines Güterinbegriffs; 2) eine Rechtsvorschrift, welche diesem Subject die Persönlichkeit beilegt. Diese Vorschrift kann ein Rechtssatz sein, der im allgemeinen festsetzt, daß unter gewissen Voraussetzungen eine juristische Person angenommen werden soll, so daß es also nur darauf ankommt, zu untersuchen, ob diese Voraussetzungen in einem besondern Fall eingetreten sind, ob z. B. ein Personenverein oder eine Stiftung von der Beschaffenheit ist, wie sie das Recht voraussetzt, wenn es einem solchen Subject die Persönlichkeit beilegt. Außerdem liegt es aber auch in der Macht der Staatsgewalt, eine juristische Person durch eine constitutio personalis hervorzubringen, ohne daß dieß als eine Richtschnur für andere Fälle gleicher Art gelten soll.

Aufgehoben wird eine juristische Person theils dadurch, daß das Subject derselben wegfällt, wie wenn eine Corporation ausstirbt, so daß kein Glied mehr existirt, während, wenn auch nur noch ein einziges Glied vorhanden ist, in diesem sich noch die Universitas darstellt,[f]) theils dadurch, daß die Staatsgewalt dem Subject die Persönlichkeit entzieht. Diese Aufhebung durch den Staat ist nichts willkürliches, auch nicht bei den Personen, die es durch eine constitutio personalis geworden sind, aus welchen Gründen sie aber rechtmäßiger Weise geschehen kann, ist eine staatsrechtliche Frage.

b. Arten der Rechte nach der Stellung der Personen.

aa. Begriff des Vermögens.

CXCIII. Vermögen (bona) ist der Inbegriff aller der Rechte einer Person, als deren Subject wir sie als Einzelne, also außerhalb der natürlichen Verbindungen der Familie und des Volks denken können. Es sind die Rechtsverhältnisse, welche unmittelbar den Bedürfnissen des einzelnen Menschen als solchen entsprechen, und nur mittelbar auch für die Zwecke der Familie, des Staats, der Kirche bestimmt sind. Als Einzelnem ist dem Menschen die Herrschaft über die Sachen gegeben, über die körperlichen Dinge außer ihm, die keine andere Bestimmung haben, als ihm zu dienen. Daher sind Vermögensrechte vor allem die Rechte an Sachen: Eigenthum und iura in re aliena, sodann aber auch die Obligationen, deren Gegenstand zwar nicht unmittelbar Sachen sind, doch mittelbar, insofern die Handlung, welche den Gegenstand der Obligatio bildet, in einer Sache ihr Aequivalent finden muß. Daher läßt sich Vermögen bezeichnen als der Inbegriff der Rechte einer Person, die einen Sachwerth haben, oder bestimmter, da Geld die Sache ist, die den Werth der übrigen mißt und darstellt, deren Werth sich in Geld anschlagen läßt.

Zuweilen wird unter Vermögen nur das active verstanden: Rechte an Sachen, und Forderungen, so daß nicht bloß die Obligationen, in welchen die Person als Schuldner steht, nicht darin begriffen sind, sondern sogar ihr Betrag von jenem abgerechnet, also Vermögen nur das genannt wird, was nach Abzug der Schulden übrig bleibt.[a]) Man kann dieß die natürliche Bedeutung von bona nennen:[b]) proprie bona dici non possunt, quae plus incommodi quam commodi habent.[c]) Im juristischen Sinne aber werden unter den bona auch

---

f) L. 7 § 2 D. quod cuiusc. univ. (3, 4).

a) L. 39 § 1 D. de V. S. (50, 16): bona intelliguntur cuiusque, quae deducto aere alieno supersunt. L. 72 pr. D. de iure dot. (23, 3) L. ult. D. de usu et usufr. leg. (33, 2) L. 2 § 1 D. de coll. bonor. (37, 6) L. 11 D. de iure fisci (49, 14).

b) L. 49 D. de V. S. (50, 16).

c) L. 83 D. eod.

die Schulden begriffen, so daß ein Vermögen existirt, auch wenn die Activa durch die Passiva erreicht oder überschritten werden.[d])

Eine noch engere Bedeutung von Vermögen war für das alte Staatsrecht von großer Wichtigkeit: das Vermögen, welches censui censendo war, d. h. beim Census berücksichtigt wurde: dahin gehörten nur die Güter, die dem Bürger ex iure quiritium zustanden, das, wovon er sagen konnte: meum est ex iure quiritium; ausgeschlossen waren die nicht quiritischen Rechte an Sachen, sodann alle Obligationen, sowohl Forderungen als Schulden.[e])

bb. Begriff der Familie.

CXCIV. Das Wort familia ist vieldeutig.[a]) Im weitesten Sinn bedeutet es die Gesammtheit alles dessen, was der rechtlichen Macht eines römischen Bürgers unterworfen ist, Personen und Güter, insonderheit nach quiritischem Recht. Das Wort begreift alles, was bei dem Census angegeben werden mußte. Soll das eigentliche Vermögen hervorgehoben werden, so erhält es den Zusatz familia pecuniaque, wie in der testamentarischen Mancipationsformel,[b]) aber auch ohne diesen Zusatz wurde es in den Zwölf Tafeln in dieser besondern Richtung auf das Vermögen gebraucht. Dieser Sprachgebrauch ist später abgekommen, nur daß in Kunstausdrücken, die sich bis auf die neuere Zeit erhalten haben, wie familiae emtor, familiae erciscundae actio, Spuren desselben übrig geblieben sind.

In einem engern Sinn bezieht sich das Wort nur auf die Personen, die in der Gewalt eines Römers sich befinden: in potestate, manu, manicipio.[c]) Auch in diesem Sinn gehören noch die Sclaven zur Familie, ja es hat sich der besondere Sprachgebrauch gebildet, daß sie vorzugsweise unter diesem Wort begriffen werden.[d])

Hier haben wir es zunächst mit der familia im engsten Sinn zu thun, in welchem sie die Gesammtheit der Personen ist, die in der patria potestas oder manus eines Römers stehen, diesen princeps familiae mit inbegriffen. Sie begreift also den Vater und die in seiner Manus befindliche Frau, die in seiner väterlichen Gewalt stehenden Söhne und Töchter, die Kinder der Söhne, und die in ihrer Manus stehenden Frauen.[e]) Diese Familienverbindung dauert aber nicht bloß so lange diese Personen durch jene Gewalten als gegenwärtig bestehende verbunden sind, auch wenn sie durch den Tod des Familienhaupts selbständig und selbst Familienhäupter geworden sind, bilden sie noch immer eine familia, als deren Haupt der Verstorbene zu betrachten ist. So spaltet sich eine Familie in mehrere, es giebt so viele Familien, als selbständige Personen existiren, denn jede selbständige Person ist wieder ein princeps familiae, der, wenn er niemanden in seiner patria potestas oder manus hat, wenigstens für sich selbst eine familia darstellt.[f]) Aber diese Specialfamilien sind zu einer allge-

---

d) L. 3 pr. D. de bon. poss. (37, 1). Vgl. L. 208 D. de V. S. (50, 16).

e) Vgl. Huschke Verf. des Servius S. 558 ff.

a) L. 195. 196 D. de V. S. (50, 16). Im Deutschen steht ihm nahezu „Haus" und „Hauswesen" gleich.

b) Gai. II 104.

c) So bei Cic. de leg. III 3: censores populi aevitates, suboles, familias pecuniasque censento. L. 25 § 2 D. de aedil. ed. (21, 1).

d) L. 195 § 3 D. de V. S. (50, 16) Cic. de off. I 17. In ähnlicher Weise wird mit dem Worte Haus, wie mit dem französischen maison, die Dienerschaft bezeichnet.

e) Vgl. Bd. I S. 75 f.

f) Dieß ist stets der Fall bei Frauenspersonen, die niemanden in der patria potestas oder

meinen verbunden, soweit sie durch ein verstorbenes Haupt zusammenhängen, unter dessen Gewalt, wenn er noch lebte, ihre Glieder beschlossen wären.

Die Glieder einer solchen allgemeinen Familie, die von dem gegenwärtigen Dasein eines gemeinsamen Haupts unabhängig ist, heißen Agnaten. Agnation ist die Verbindung mehrerer Personen, die auf patria potestas und manus beruht, in welcher Gewalt alle diese Personen gemeinschaftlich stehen würden, wenn das Haupt der Familie noch lebte.[g]) Die Agnaten sind durch eine Kette von Gewalten verbunden, die von jedem auf jeden ununterbrochen hinüberreicht. Diese die Agnation vermittelnden Gewalten brauchen jetzt nicht mehr zu bestehen, aber sie müssen nicht durch eine capitis deminutio aufgehoben worden sein, welche die Agnation dessen, der sie erleidet, zerstört. Nur durch eine solche Gewalt, in der er steht oder stand, gehört er einem Agnatenkreis an, daher kann jemand nur durch einen Mann, nicht durch eine Frau (die keiner solchen Gewalt fähig ist) Agnaten haben, nur eine Verwandtschaft per mares kann Agnation sein.[h]) Eine Frauensperson kann selbst in väterlicher Gewalt oder Manus stehen, und daher Agnatin sein, aber sie setzt die Familie nicht fort, die Kinder als solche sind nicht Agnaten der Agnaten ihrer Mutter.[i])

Die einzelnen Agnaten selbst stehen sich entfernter oder näher, je nachdem die Kette von Gewalten, die sie verbindet, mehr oder weniger Glieder hat. Die nächsten Agnaten einer Person sind die, welche in ihrer Gewalt selbst stehen, es ist eine einzige Gewalt, welche die Verbindung zwischen ihnen herstellt. Unter diesen ist aber doch wieder ein Unterschied. Es hat jemand in seiner Gewalt einmal seine Söhne und Töchter, und die Frau, die in seiner Manus sich befindet, sodann die Kinder seiner Söhne, und die Frauen, die in der Manus seiner Söhne stehen u. s. f. Seine Gewalt über diese letzteren, die Enkel und Schwiegertöchter, ist vermittelt durch seine Gewalt über die Söhne. Die allernächsten Agnaten einer Person sind nun die, welche ohne eine solche Mittelsperson ihrer Gewalt unterworfen sind, und diese heißen sui des Gewalthabers,[k]) es sind die, welche durch seinen Tod gewaltfrei, sui iuris, werden. Dahin gehören seine Söhne und Töchter, und die Frau, die in seiner Manus ist, die Kinder und Frauen seiner Söhne aber nur, wenn diese z. B. durch ihren Tod aufgehört haben, in seiner Gewalt zu stehen, jene aber darin zurückgeblieben sind. Außerdem werden sie durch seinen Tod nicht gewaltfrei, sondern fallen in die patria potestas oder bleiben in der Manus der Söhne. Auf diese nächsten Agnaten folgen die Geschwister, deren Verbindung durch zwei Gewalten hergestellt wird, und ebenso verhält es sich mit der Mutter und dem Kind, wenn jene in der manus, dieses in der patria potestas desselben Mannes steht oder stand, ihre agnatische Verbindung beruht auf diesen zwei Gewalten, wie die der Geschwister.[l]) Die agnatischen Geschwister heißen consanguinei fratres et sorores, die denselben Vater haben, sei es bloß denselben

---

manus haben können, also, wenn sie selbständig sind, allein ihre Familie bilden, aus der nicht wieder eine andere hervorgehen kann: mulier familiae suae et caput et finis est L. 195 § 5 D. de V. S. (50, 16).

g) Im justinianischen Recht ist die Manus weggefallen, also die väterliche Gewalt allein als Grund der Agnation übrig geblieben.

h) — agnationis iura a patre oriuntur L. 4 D. unde cogn. (38, 8).

i) L. 10 § 2 D. de gradib. et adfin. (38, 10).

k) L. 10 § 3 D. eod.

l) Gai. III 14 (cf. Collat. XVI 2, 14): — sororis autem nobis loco est etiam mater aut noverca, quae per in manum conventionem apud patrem nostrum iura filiae consecuta est.

Vater oder auch dieselbe Mutter; die letztere ist in Beziehung auf die Agnation gleichgültig, sie bewirkt nach den obigen Grundsätzen nicht die Agnation (Geschwister bloß von der Mutter her, uterini, sind keine Agnaten), und verstärkt sie nicht, wenn sie vom Vater her vorhanden ist. So können es ferner drei (wie bei Vaters Bruder oder Schwester und Bruders Sohn oder Tochter), vier und mehr Gewalten sein, welche die Agnation vermitteln; es besteht für die Agnation keine Grenze, als die zufällige, welche durch die Unmöglichkeit, bei einer sehr großen Entfernung die ununterbrochene Verbindung nachzuweisen, entstehen kann. Wo aber die Agnation nicht mehr nachzuweisen ist, da können die Personen noch als Glieder eines größeren Kreises, in welchem die Agnatenkreise enthalten sind, der Gens nämlich, verbunden sein. Zur Herstellung der Gentilität gehört nur der gemeinsame Name, die Abstammung von lauter Freigebornen, und die Abwesenheit einer Capitis Deminutio.[m])

CXCV. Neben den civilrechtlichen Bedeutungen von familia steht eine natürliche: Gesammtheit aller der Personen, die durch gemeinsame Abstammung verbunden sind.[a]) Wenn jene auf rein juristischen Verhältnissen (Eigenthum und Gewalt), so beruht diese auf einem natürlichen Umstand, der Abstammung, der Gemeinschaft des Bluts. Die Personen, die in diesem Verhältniß zu einander stehen, heißen natürliche Verwandte, cognati. Bei der natürlichen, wie bei der Agnatenfamilie, lassen sich die allgemeine Familie, der Inbegriff aller Cognaten, und die Specialfamilie, in die sie sich spaltet: die einzelnen Hauswesen, unterscheiden. Wir haben es hier lediglich mit jener zu thun.

Die Cognation, Blutsverwandtschaft, hat eine natürliche Grundlage, die Zeugung oder Abstammung. Zur Verwandtschaft zweier Personen ist nichts erforderlich, als daß sie entweder von einander oder wenigstens von einer dritten gemeinschaftlich abstammen. Damit sind zugleich die beiden Arten der Verwandtschaft ausgedrückt. Personen, deren eine von der andern (unmittelbar oder durch Mittelglieder) abstammt, stehen in dem Verhältniß von Ascendenten und Descendenten, die Reihe der in diesem Verhältniß Verwandten wird auf- und absteigende Linie, gerade Linie, (linea recta) genannt. Personen, die nur von einem Dritten gemeinschaftlich abstammen, heißen Seitenverwandte, Collateralen, die Gesammtheit derselben bildet die Seitenlinie (man nennt sie auch linea transversa s. obliqua). Diese Seitenverwandtschaft ist eine vollbürtige, wenn der gemeinsame Stamm ein Paar, eine halbbürtige, wenn nur eine einzelne Person der gemeinschaftliche Erzeuger ist. Dieser Unterschied ist vornehmlich bei den nächsten Seitenverwandten, den Geschwistern, von Wirkung; vollbürtige Geschwister sind, die Vater und Mutter gemein, halbbürtige, die nur denselben Vater, oder nur dieselbe Mutter haben.[b])

---

m) Cic. top. 6 nach Scävola: Gentiles sunt, qui inter se eodem nomine sunt — quorum maiorum nemo servitutem servivit — qui capite non sunt deminuti. [Vgl. auch Mommsen zwei Sepulcralreden S. 471 ff.]

a) L. 195 § 4 D. de V. S. (50, 16): item appellatur familia plurium personarum, quae ab eiusdem ultimi genitoris sanguine proficiscuntur.

b) Uterini fratres et sorores heißen schon bei den Römern die halbbürtigen von der Mutter her, consanguinei bei den Neuern die halbbürtigen vom Vater, — die Römer nennen consanguinei überhaupt von demselben Vater erzeugte (oder adoptirte), ohne Rücksicht auf die Mutter, also auch die vollbürtigen. Für die vollbürtigen endlich ist der Name germani üblich, dieser Ausdruck wird von den Römern nicht als ein technischer, und am allerwenigsten zur ausschließlichen Bezeichnung der vollbürtigen Geschwister gebraucht.

Personen können mehrfach verwandt sein; dieß ist der Fall, wenn der Grund der Verwandtschaft mehrmals bei ihnen eintritt, mit andern Worten: wenn mehrere Linien von der einen zur andern hinführen. Eine solche mehrfache Cognation tritt ein, 1) wenn zwei Verwandte ein Kind zeugen, dieses ist mit jedem seiner Parentes auch durch den andern verwandt, es ist auch Seitenverwandter seines Vaters u. s. f. Sind z. B. die Eltern Geschwisterkinder, so hat das Kind dieselbe Person zum Urgroßvater oder zur Urgroßmutter von väterlicher und von mütterlicher Seite; es ist durch zwei Linien (Vater, väterlicher Großvater oder Großmutter, — Mutter, mütterlicher Großvater oder Großmutter) mit ihr verbunden; 2) wenn zwei Personen, die zwar nicht selbst verwandt sind, aber einen gemeinschaftlichen Verwandten haben, ein Kind zeugen, z. B. es heirathet jemand die Schwester seiner verstorbenen Frau, die Kinder, die er aus beiden Ehen hat, haben denselben Vater und denselben mütterlichen Großvater oder Großmutter, sie sind gegenseitig zugleich Geschwister und Geschwisterkinder. Dahin gehört auch der Fall, wenn zwei Personen, jede mit einem Verwandten der andern ein Kind zeugen, z. B. zwei Frauen heirathen jede den Sohn der andern, die Söhne aus diesen beiden Ehen sind jeder der Oheim und Neffe des andern.[c]) Alle Fälle der mehrfachen Cognation (also abgesehen von dem Hinzutritt einer Adoptivverwandtschaft zu einer bestehenden Blutsverwandtschaft) fallen unter jene beiden Gattungen.[d])

Es ist gesagt worden, daß die Blutsverwandtschaft auf dem natürlichen Umstand der Abstammung und nur auf diesem beruht. Aber als Rechtsverhältniß setzt sie die juristische Gewißheit dieses Umstands voraus, nur was bewiesen werden kann, hat ein rechtliches Dasein. Jene Gewißheit nun ist an sich nur in Beziehung auf die Mutter möglich, mater certa est, nicht hinsichtlich des Vaters. Diesem Mangel hat das Recht durch eine Präsumtion abgeholfen, durch die mit der Mutter auch der Vater gegeben ist: als Vater gilt der Ehemann der Mutter, pater est quem nuptiae demonstrant.[e]) Uneheliche Kinder haben keinen Vater und keine väterlichen Verwandten,[f]) während die Verwandtschaft mit der Mutter und ihren Verwandten rein auf das Factum der Zeugung gestellt bleibt, also kein Unterschied zwischen ehelich und außerehelich Erzeugten ist. Diese Grundsätze haben einige Modificationen erfahren. Es giebt 1) Ausnahmen von der Regel, daß in Beziehung auf den Vater nur eheliche Zeugung in Betracht kommt. Das römische Recht kennt ein der Ehe factisch analoges Geschlechtsverhältniß, den Concubinat, die darin Erzeugten werden in gewissen Beziehungen als Kinder ihres Vaters, als *naturales* liberi, anerkannt. Daher wird jene Regel vorzugsweise auf die übrigen Außerehelichen: spurii, vulgo quaesiti, vulgo concepti gestellt.[g]) Ja auch bei diesen

---

c) L. 10 § 14 D. de gradibus (38. 10). Um zu finden, daß dieser Fall wirklich unter die obige Rubrik gehört, darf man nur nicht das Undenkbare denken, daß beide Kinder genau in demselben Moment geboren werden. Die Frau, die (wenn auch nur um eine Tertie) später gebiert als die andere, hat im Augenblick der Geburt einen gemeinschaftlichen Verwandten mit ihrem Mann, nämlich das Kind der andern, das der Bruder ihres Mannes und ihr Enkel ist.

d) Die mehr als diese angenommen haben, non animadverterunt, quasdam species inter genera se retulisse.

e) L. 5. D. de in ius voc. (2, 4). Von den Grenzen dieser Präsumtion wird an einem andern Ort gehandelt werden.

f) Gai. I 64: — patrem habere non intelliguntur, cum incertus sit, unde solent spurii filii appellari — quasi sine patre filii. Daher haben uneheliche Kinder keine Agnaten. L. 4 D. unde cogn. (38, 8).

g) L. 23 D. de statu hom. (1, 5): vulgo concepti dicuntur, qui patrem demonstrare non possunt — qui et spurii appellantur, παρὰ τὴν σποράν.

letzteren wirkt die natürliche Wahrscheinlichkeit des Vaters als Ehehinderniß.[h]) 2) Ausnahmen von der Regel, daß hinsichtlich der Mutter kein Unterschied ist zwischen ehelich und außerehelich Erzeugten. Justinian hat verordnet, daß bei einer Frau von vornehmstem Stand (illustris mulier) die unehelichen Kinder ignorirt werden sollen,[i]) und ein gleiches scheint er von den Fällen verordnet zu haben, wo die Erzeugung ein Verbrechen ist, so daß die ex complexibus nefariis, incestis, damnatis Erzeugten als Kinder ohne Eltern zu betrachten wären.[k])

Die rechtlichen Wirkungen der Verwandtschaft bestimmen sich theils nach der Art, theils nach dem Grad derselben. Der Art nach theilen sich die Verwandten in drei natürliche Klassen: Descendenten,[l]) Ascendenten,[m]) Seitenverwandte.[n]) Unter den Seitenverwandten sind ausgezeichnet einmal die Geschwister; sodann ein gewisses Verhältniß der ungleichen Seitenlinie. Verwandtschaft der ungleichen Seitenlinie besteht zwischen zwei Seitenverwandten, von denen der eine weiter als der andere von dem gemeinsamen Stamme absteht. Jenes ausgezeichnete Verhältniß dieser ungleichen Seitenlinie ist nun das, wobei eine der beiden Personen Sohn oder Tochter des gemeinsamen Stammes ist, es besteht also zwischen Oheim, Tante, Großoheim, Großtante u. s. f. auf der einen, und Neffen, Nichte u. s. f. auf der andern Seite, und wird dem elterlichen verglichen.[o]) — Grad der Verwandtschaft bedeutet den größeren oder geringeren Abstand der verwandten Personen von einander. Die Römer denken sich nämlich diese Abstände als aus Stufen, gradus, bestehend, auf welchen man, um von einer Person zur andern zu gelangen, hinabsteigt (bei den Descendenten: der Sohn bildet den ersten Grad, der Enkel den zweiten u. s. f.) oder aufsteigt (bei den Ascendenten: der Vater ist die erste Stufe, der Groß-

---

h) L. 14 § 2 D. de ritu nupt. (23, 2): — ut pater filiam non possit ducere, si ex servitute manumissi sint, etsi dubitetur, patrem eum esse. Unde nec vulgo quaesitam filiam pater naturalis potest uxorem ducere, quoniam in matrimoniis naturale ius et pudor inspiciendus est —.

i) L. 5 C. ad S. C. orphit. (6, 57).

k) Nov. 89 c. 15 vgl. L. 6 C. de incest. nupt. (5, 5).

l) 1) Filius, filia, 2) nepos, neptis, 3) pronepos, proneptis, 4) abnepos, abneptis, 5) adnepos, adneptis, 6) trinepos, trineptis. Die folgenden werden nur mit dem allgemeinen Namen posteriores bezeichnet.

m) 1) Pater, mater, 2) avus, avia, 3) proavus, proavia, 4) abavus, abavia, 5) atavus, atavia, 6) triavus, triavia. Die folgenden heißen schlechtweg maiores.

n) 1) Frater et soror, und deren filii, nepotes, pronepotes, abnepotes (so wie filiae, neptes u. s. f.).

2) Patruus, amita (Geschwister des Vaters), avunculus, matertera (Geschwister der Mutter); von jenen Sohn und Tochter: frater et soror patruelis, und amitinus, amitina (patrueles heißen die von zwei Brüdern erzeugten, amitini Geschwisterkinder von Bruder und Schwester), Enkel: patruelis etc. filius, Urenkel: patruelis etc. nepos; von den Geschwistern der Mutter Sohn und Tochter: frater consobrinus, soror consobrina (im gemeinen Leben führen alle Geschwisterkinder, also auch patrueles und amitini den Namen consobrini), Enkel: consobrini etc. filius, Urenkel: consobrini etc. nepos.

3) Patruus magnus, amita magna (Geschwister des Großvaters), avunculus magnus, matertera magna (Geschwister der Großmutter); von beiden Sohn und Tochter: propior sobrino, sobrina, Enkel: sobrinus, sobrina.

4) Propatruus, proamita (Geschwister des Urgroßvaters), proavunculus, promatertera (Geschwister der Urgroßmutter); von ihnen Sohn und Tochter: propatrui etc. filius, filia.

5) Abpatruus, abamita (Geschwister des Urgroßvaters), abavunculus, abmatertera (Geschwister der Urgroßmutter).

o) § 5 I. de nupt. (1, 10) L. 39 pr. D. de ritu nupt. (23, 2). Die Neuern haben davon den Ausdruck respectus parentelae für jenes Verhältniß gebildet.

vater die zweite u. s. f.), oder auf- und abwärts zugleich: bei den Seitenverwandten, indem man, um von dem einen zum andern zu gelangen, zuerst bis zum gemeinsamen Stamm auf- und von ihm wieder bis zu der andern Person hinabzusteigen hat.[p]) Die Zahl der Stufen, die man auf- oder abwärts, oder auf- und abwärts zu steigen hat, bezeichnet die Nähe und Ferne, den wievielsten Grad der Verwandtschaft. Die Sache läßt sich auch so ausdrücken: jede Zeugung bildet einen Grad, so viele Zeugungen nothwendig waren, um die Verwandtschaft zweier Personen zu vermitteln, im sovielsten Grad sind sie mit einander verwandt (quot generationes, tot gradus.) [q])

Es sind jetzt zwei Familienverbindungen dargestellt worden: Agnation und Cognation, ihr Verhältniß zu einander soll nun noch bestimmt werden. Beide lassen sich unter dem allgemeinen Begriff der Verwandtschaft, cognatio im weiteren Sinn, zusammenfassen. Agnation ist die civilrechtliche Verwandtschaft, civilis cognatio, Cognation die natürliche, naturalis cognatio. [r]) Der Grund der Agnation ist ein juristisches Verhältniß (patria potestas und manus), wie dieses kann sie daher willkürlich entstehen; wer durch Adoption in die väterliche Gewalt gekommen ist, ist eben so gut Agnat der Agnaten seines Adoptivvaters, als der leibliche Sohn, der durch die Erzeugung in jenes Verhältniß zu dem Vater und dadurch in den Agnatenkreis desselben eingetreten ist. Denn nicht die Erzeugung ist es, die diesen zum Agnaten macht, sondern die väterliche Gewalt, die und sofern sie eine Folge der Erzeugung ist. Mithin, da die väterliche Gewalt und die Manus möglich ist unter Personen, die natürlich nicht

---

p) L. 10 § 9. 10 D. de gradib. (38, 10).

q) Z. B. Geschwisterkinder sind im vierten Grad (wenn man zugleich die Art der Verwandtschaft angeben will: der Seitenlinie) verwandt, denn (nach römischer Anschauung) man hat, um von dem Einen zu dem gemeinsamen Stamm (ihrem Großvater oder Großmutter) zu gelangen, zwei Stufen, und eben so viel von diesem herab zu dem andern zu schreiten. Nach dem obigen zweiten Ausdruck: es liegen vier Zeugungen zwischen ihnen, die Zeugung eines jeden von seinem Parens, und dieses von dem gemeinsamen Stamm (s. g. stipes communis). — Zusammenstellungen der Personen, welche die gesammte Verwandtschaft bilden, nach den Graden und mit den Verwandtschaftsnamen (στέμματα cognationum) finden sich in Paulus sent. IV 11: de gradibus, Dig. XXXVIII 10: de gradibus et adfinibus et nominibus eorum, Inst. III 6: de gradibus cognationis. Diese Anweisungen pflegten auch durch bildliche Darstellungen veranschaulicht zu werden. Eine solche hat Böcking im Corpus iur. anteiust. bonnens. p. 175 a aus einer Handschrift der notitia dignit. herausgegeben. [Sie gehört jedoch erst dem Mittelalter an, wie die Ausdehnung bis zum achten Grad und die Verachtung der Ehe ergiebt, die sich im Bilde des Bocks ausdrückt. Ungleich merkwürdiger ist die sehr alte Abbildung von Ranconnet's Handschrift des theodosischen Codex (Cuiac. obs. 6, 40. Collectio II p. 168), die sich auf die legitima hereditas bezieht und auch die Manus berücksichtigt. Das Bild stellt das römische Haus dar. Und nicht minder wichtig ist die Abbildung bei Isidor Orig. 9, 5 § 28, welche, wie die Erwähnung der Immunitäten bis zum vierten Grad darthut, für die vicesima hereditatum entworfen wurde. Beide Abbildungen giebt Huschke Iurisp. ant. ed 4 p. 614. Andere erwähnt Haenel, praef. legis Rom. Visig. p. XXIV 457. R.] Auch den Institutionen Justinian's war ein solches Bild beigefügt, mehrere Handschriften enthalten sei es eine Copie, sei es eine Nachahmung desselben, s. die Schrader'sche Institutionen-Ausgabe. Heutzutage pflegen, um Verwandtschaftsfälle anschaulich zu machen, folgende Zeichen gebraucht zu werden. Personen werden mit einem Kreis ○, die, welche besonders hervorgehoben werden sollen, mit einer doppelten Kreislinie ◎ bezeichnet, jenes ist aber auch insonderheit das Zeichen für Mannspersonen, für Frauenspersonen werden die Zeichen eines Vierecks, Dreiecks oder Halbkreises □ △ ⌓ gebraucht. Die Ehe wird mit einem Bogen ⁀, die Zeugung mit einer abwärtsgehenden geraden Linie, wodurch zwei Personen verbunden werden, bezeichnet. (Die Verbindung mit einer horizontalen geraden Linie ○—○ gebrauchten Manche als Zeichen für das Geschwisterverhältniß). Der Tod einer Person wird durch das Durchstreichen ihres Zeichens, oder Beisetzung eines Kreuzes angedeutet.

r) L. 4 § 2 D. de gradib. (38, 10).

verwandt sind, kann jemand Agnat einer Person sein, ohne ihr wirklicher Cognat zu sein, und wenn er dieß ist, kann er in einem andern Grad ihr Agnat, in einem andern ihr Cognat sein. Diese Möglichkeit ist indessen in der Anwendung durch den Grundsatz modificirt, daß die Agnaten auch die Rechte der Cognaten haben sollen, wer Agnat einer Person ist, der wird, so lange er dieß ist, im Recht auch als ihr Cognat behandelt, auch wenn er es wirklich nicht wäre.[s]) Die Agnation kann sich ferner endigen, durch capitis deminutio der Person, nicht die Cognation, die auf einem Factum beruht, welches nicht ungeschehen gemacht werden kann,[t]) nur jene juristisch angenommene Cognation, die lediglich auf der Agnation beruht, endigt mit dieser.[u])

Sind sich Agnation und Cognation so ungleich in ihrem Wesen selbst, so sind sie es nicht weniger in ihren Wirkungen. Mit weit überwiegender Bedeutung tritt im alten Recht die Agnation auf, ihrer streng juristischen Gestaltung entspricht eine ihr fast ausschließlich zukommende Wirkung im Recht, in dieser Stellung deckt sie die natürliche Verwandtschaft beinahe zu, die nur als ein Hinderniß mancher Verhältnisse, welche den Banden des Bluts widersprechen, wie namentlich der Ehe, eine rechtliche Wirkung äußerte. Nur allmählich trat die Cognation aus dieser Hülle hervor, Gesetze, welche gewisse Schenkungen, gewisse Vermächtnisse verboten, begünstigten die Cognaten durch Ausnahme von diesem Verbot. Ferner entstand, ebenfalls schon während der freien Republik, die rechtliche Ueberzeugung, daß auch den Cognaten ein wenn auch minderer Anspruch auf das Vermögen eines Verstorbenen gebühre, welche vornehmste privatrechtliche Wirkung der Verwandtschaft die civilrechtliche früher ausschließlich occupirte, und in der sie erst viel später ihren Vorrang gänzlich verlor. Und nicht einmal unbeschränkt wurde der Cognation diese an sich schon mindere Wirksamkeit zuerkannt; während der entfernteste Agnat in den Fall kommen konnte, seine agnatischen Rechte geltend zu machen, wurden die Cognaten nur bis zum sechsten Grad, diesen eingeschlossen, in einigen Fällen bis zum siebenten, als solche anerkannt, daher denn auch die römischen Juristen in ihren Uebersichten der Verwandten, und der Angabe ihrer Namen nur bis zum sechsten, oder höchstens zum siebenten Grad fortgehen.[v]) Die Richtung auf Hervorhebung der Cognation gegenüber der Agnation setzt sich in der Geschichte des römischen Rechts fort bis auf Justinian, der zuletzt der ersten einen vollständigen Sieg über die letzte verschafft, und auch die Beschränkung jener auf gewisse Grade beseitigt hat.[w])

Das andere civilrechtliche Verhältniß, welches an die Agnation, über ihre Grenzen hinausgehend, sich ansetzte, die Gentilität (§ 194 a. E.), hat schon beziehungsweise früh angefangen, seine rechtliche Bedeutung zu verlieren. Gaius sagt, das ius gentilicium sei außer Gebrauch gekommen,[x]) sicher nicht erst seit kurzem, bei Cicero wird ein wahrscheinlich aus der zweiten Generation

---

s) L. 10 § 2. 4 D. eod. L. 1 § 4 D. unde cogn. (38, 8).

t) Gai. I 158 L. 8 D. de R. I. (50, 17).

u) L. 3 D. unde cogn. (38, 8).

v) S. z. B. L. 1 § 3 L. 9 pr. D. unde cogn. (38, 8). Vgl. Note l m n, wo die Cognaten in den verschiedenen Richtungen bis zum sechsten Grad incl. fortgeführt sind.

w) Klenze die Cognaten und Affinen nach R. R. ꝛc. (Zeitschr. f. gesch. Rechtswiss. VI 1) hat sich bemüht, die Wirkungen der natürlichen Verwandtschaft schon im älteren Recht herauszustellen, bei welchem verdienstlichen Unternehmen er freilich nicht vermieden hat, einen Einfluß, den man früher allzugering angeschlagen oder ganz ignorirt hatte, seinerseits über Gebühr zu vergrößern.

x) Gai. III 17. Ulpian in der collat. XVI 4, 2.

vor ihm entnommenes Beispiel seiner Anwendung erwähnt,[y]) der Fall betraf die Beerbung des Sohnes eines Freigelassenen, in dieser Richtung mag sich das Recht am längsten erhalten haben; die gentiliciae hereditates, um die Julius Cäsar von Sulla gestraft wurde,[z]) sind wohl ebenso zu verstehen.

CXCVI. Neben der Cognation und auf sie sich beziehend steht noch ein anderes verwandtschaftliches Verhältniß, die Affinitas. Durch die Ehe geschieht es, daß zwei Verwandtschaften, die des Mannes und die der Frau, in diesen verehelichten Personen an einander grenzen.[a]) Die Cognation des einen Ehegatten ist die affinitas des andern. Jeder Ehegatte hat den andern[b]) und dessen Cognaten zu Affines, nicht die Agnaten desselben als solche,[c]) noch weniger sind die beiderseitigen Cognaten unter einander Affines.[d]) Im Deutschen heißt dieses Verhältniß Verschwägerung, die Ascendenten des einen Gatten sind die Schwiegereltern,[e]) seine Descendenten die Stiefkinder des andern,[f]) und hinwiederum sind die Gatten für jene die Schwiegerkinder,[g]) für diese die Stiefeltern.[h]) Die Collateralen des einen sind die Schwäger des andern, und umgekehrt.[i]) Die Affinitas dauert eigentlich nur so lange, als die Ehe, durch die sie begründet wird, und in Beziehung auf manche Wirkungen ist man streng bei diesem Grundsatz stehen geblieben,[k]) hinsichtlich mancher ging man darüber hinaus, ja gewisse Wirkungen lassen sich erst nach Auflösung der die Affinität begründenden Ehe denken.[l])

In den Gesetzen, welche mit der Affinität gewisse Wirkungen verbinden, werden die Affines mit Namen aufgeführt,[m]) nicht wie die Cognaten nach Graden. Daher wird gesagt: gradus affinitati nulli sunt,[n]) und in der That, während bei der Cognation eine Stufe aus der andern hervorgeht (quasi ex eo nascitur L. 10 § 10 D. de gradib.), kann dieser Ausdruck bei der Affinität, die stets auf einer einzigen Ehe als ihrem Grund beruht, nicht gebraucht werden. Dennoch läßt sich auch hier von einer größeren oder geringeren Nähe

---

y) Cic. de orat. I 39: Quid? qua de re inter Marcellos et Claudios patricios centumviri iudicarunt, quum Marcelli ab liberti filio *stirpe*, Claudii patricii eiusdem hominis hereditatem *gente* ad se rediisse dicerent, nonne in ea causa fuit oratoribus de toto stirpis ac gentilitatis iure dicendum. Von dieser Stelle wird noch im Erbrecht gehandelt werden.

z) Sueton. Iul. 1.

a) L. 4 § 3 D. de grad. et affin. (38, 10).

b) L. 5 pr. D. de iniur. (47, 10) Fragm. vat. 303.

c) Daher der Adoptirte nicht in die Affinität kommt L. 4 § 10 D. de gradib. (38, 10). Doch ist die Frau des Adoptivvaters für ihn wenigstens novercae loco, und seine Frau nurus loco für den Adoptivvater L. 14 pr. § 1 D. de ritu nupt. (23, 2).

d) Privigni also, zusammengebrachte Kinder der Ehegatten aus früheren Verbindungen, sind unter sich weder Cognaten (L. 10 § 13 D. de gradib. 38, 10), noch Affinen. Daher L. 34 § 2 D. de ritu nupt. (23, 2): inter privignos contrahi nuptiae possunt.

e) Socer, socrus; socer magnus, socrus magna (prosocer, prosocrus).

f) Privignus, privigna.

g) Gener, nurus; progener, pronurus.

h) Vitricus, noverca.

i) Levir des Mannes Bruder, glos des Mannes Schwester (und des Bruders Frau).

k) L. 3 § 1 D. de postul. (3, 1): affinitates non eas accipere debemus, quae quondam fuerunt, sed praesentes. Frag. vat. 303.

l) Fragm. vat. l. c. Gai. I 63.

m) L. 4 § 4 D. de gradib. (38, 10). Z. B. in der Lex Cincia: privignus, privigna, noverca, vitricus, socer, socrus, gener, nurus, vir et uxor, sponsus, sponsa. Fragm. vat. 302.

n) L. 4 § 5 D. de gradib. (38, 10).

des Verhältnisses sprechen: der nächste in der Affinität ist der Ehegatte selbst, dann folgen seine Cognaten in dem Verhältniß, in welchem sie zu ihm näher oder entfernter stehen.[o])

Der eigentliche Grund der Affinität ist die Ehe, aber auch durch das bloße Verlöbniß entsteht ein Verhältniß, welches der Affinität in gewissen Beziehungen gleichgestellt, und auch mit diesem Namen belegt worden ist.[p])

Cognaten und Affinen werden unter dem Ausdruck necessarii zusammengefaßt.[q])

cc. Vermögensrecht und Familienrecht.

CXCVII. Die Unterscheidung von Vermögensrechten und Familienrechten, an welche letztere sich die Vermögensrechte, die von Familienverhältnissen abhängen (wie namentlich das gesetzliche Erbrecht), anschließen, hat ein besonderes Interesse dadurch, daß es Personen giebt, die nur der einen dieser beiden Classen fähig sind, der andern nicht oder nur beschränkt.

Am vollkommensten tritt dieser Unterschied heraus bei den juristischen Personen, ihre Rechtsfähigkeit beschränkt sich durchaus auf das reine Vermögen, von Familienverhältnissen ist bei ihnen nicht die Rede. Kein Recht, das eine Stellung in der Familie in sich faßt oder voraussetzt, kann einer juristischen Person zugeschrieben werden.

Umgekehrt dagegen giebt es Personen, die eine Stellung in der Familie haben, aber von der Art, daß sie dadurch fast gänzlich absorbirt werden, so daß ihnen kein Vermögen, wenigstens kein actives zugeschrieben werden kann. Dieß sind die in der patria potestas oder manus eines Anderen stehenden (§ 219).

In der Geschichte des Rechts (§ 39 ff.) ist die Ansicht näher ausgeführt worden, daß in der allerältesten Zeit, unter der ausschließlichen Herrschaft des ramnischen Rechts, das Privatrecht durch das öffentliche bedeckt und unterdrückt war. Zuerst befreite sich das Vermögensrecht aus diesen Banden, dann auch die Familie, in deren rechtlicher Gestaltung übrigens noch bis in die späteren Zeiten die Spuren ihres ursprünglich rein politischen Daseins übrig blieben. Durch die Aufnahme der Plebs namentlich geschah es, daß die Scheidung der öffentlichen und der Privatperson in dem Bürger zu vollem Bewußtsein und entschiedener Wirkung gelangte. Neben die politischen Rechte der Civität trat als ein von ihnen unabhängiges die Fähigkeit zu dem Jus Quiritium, dadurch war dem Privatrecht seine selbständige und unabhängige Stellung zuerkannt. Zugleich aber drängte sich die Scheidung der Vermögens- und der Familienrechte fortwährend der Anschauung auf. Auf die patricischen Familien war der patricische Staat gegründet, die Plebejer waren von diesem, und damit auch von jenen ausgeschlossen; dieß wird so ausgedrückt: zwischen Patriciern und Plebejern besteht kein Connubium. Diese Ausschließung blieb auch, nachdem ein beide Stände umfassender Staat, aber auf einem neutralen Grund, dem des Vermögens, errichtet war, sie verschwand erst, als der daneben fortdauernde patricische Staat der Curien seine Macht verlor; eine vermögensrechtliche Ge-

---

o) So hieß es in der lex Cornelia de iniuriis: ut non iudicet, qui ei qui agit gener, socer, vitricus, privignus, sobrinusve est, *propiusve* eorum quemquam ea cognatione *affinitateve* attinget L. 5 pr. D. de iniur. (47, 10). Es ist daher auch von gradus affinium, im allgemeinen wenigstens, die Rede L. 10 pr. de gradib. (38, 10).

p) Note m, L. 6 § 1 L. 8 D. de gradib. (38, 10) vgl. L. 12 § 1. 2 D. de ritu nupt. (23, 2).

q) Gallus Aelius bei Festus: necessarii.

nossenschaft dagegen nach Jus Quiritium bestand von Anfang zwischen beiden Theilen: sie hatten Commercium mit einander.

Als nun in die Civität als solche Connubium und Commercium gelegt war, so daß nur etwa die Ausübung derselben in einzelnen Fällen aus besonderen Gründen ausgeschlossen sein konnte (wie z. B. die Ausübung des Connubiums durch Eheschließung zwischen nahen Verwandten, die des Commerciums bei dem Prodigus, s. § 202), so geschah es, daß durch die Berührungen der Bürger mit Nichtbürgern jene Begriffe und ihre Unterscheidung in fortwährender praktischer Bedeutung sich erhielten. Diese Nichtbürger hatten kein Connubium mit den Römern, wenn es nicht in einzelnen Fällen ausnahmsweise aus besonderen bewegenden Ursachen gegeben wurde, der größte Theil hatte auch kein, oder nur ein beschränktes Commercium, doch gab es Personen, denen ein Commercium ohne Connubium eingeräumt wurde (§ 217).

Zugleich trat in das römische Recht der im zweiten Buch dargestellte Gegensatz von Jus civile und Jus Gentium (Bd. I § 83—85). Auf den Begriff des Connubiums hatte dieser keinen Einfluß, es ist nach wie vor die Fähigkeit (absolut oder relativ: in Beziehung auf eine gewisse andere Person), eine Ehe zu schließen, welche das Jus civile als solche anerkennt und mit seinen Wirkungen bekleidet,[a]) und damit zugleich die Fähigkeit zu den römischen Familienverhältnissen überhaupt (als deren Quelle die Ehe zu betrachten ist), und zu den von ihnen abhängigen Vermögensrechten. Noch Ulpian (fragm. V. 3) bestimmt das Connubium als uxoris *iure* (d. i. iure civili) ducendae facultas. In Beziehung auf das Commercium dagegen wurde der Verkehr des Jus Gentium und des Jus civile unterschieden. Commercium heißt im weiteren Sinn die Möglichkeit eines Vermögensverkehrs überhaupt, damit ist noch nicht gesagt, daß er in den römischen Formen und mit den eigenthümlich römischen Wirkungen vor sich gehe.[b]) Im eigentlichen Sinn aber wird auch dieser Begriff auf das Vermögensrecht des Jus civile und seine eigenthümlichen Formen bezogen.[c])

c. Entstehung und Endigung der Rechte.

α. Allgemeines.

CXCVIII. Die Rechte entstehen und vergehen, indem eine Person berechtigt wird oder aufhört es zu sein. Dieß ist die Bewegung und Veränderung, welcher die Rechte in Beziehung auf die Subjecte unterworfen sind. Ein Recht existirt nur dadurch, daß es mit einem Subject, dem es zusteht, verknüpft ist, daher läßt sich die Entstehung eines Rechts auch als Erwerb desselben durch

---

a) Als daher die Lex Aelia Sentia gewisse Vorschriften über Form und Wirkungen einer Ehe zwischen Latinen und Cives gemacht hatte (§ 218), behaupteten manche Juristen, daß dadurch, die Beobachtung der Form vorausgesetzt, connubium zwischen ihnen gegeben sei Gai. I 80.

b) Im Jahr 584 wurde gallischen Gesandten vom Senat das Recht gegeben, je zehn Pferde in Italien zu kaufen und auszuführen, dieß wird so ausgedrückt: ut denorum equorum iis commercium esset, educendique ex Italia potestas fieret. Liv. XLIII 5. Von dem Recht der Mancipation war dabei nicht die Rede. S. auch L. 6 D. de captiv. (49, 15). Dagegen beschreibt Ulpian (XIX 5) nur scheinbar dieses Commercium im weitern Sinn, wenn er sagt: commercium est emendi vendendique invicem ius, denn er will damit ein Erforderniß der Mancipation, also das Commercium des Jus civile erläutern. Daß er dieß so allgemein und ohne Hinzufügung der Worte iure civili thut, entschuldigt sich durch den Zusammenhang. Vorher steht: eosque peregrinos quibus commercium datum est. Hierin lag die Beseitigung jedes Mißverständnisses: das einem dem römischen Staat angehörigen Peregrinen besonders verliehene Commercium kann ohnedieß nur das des Jus civile sein, das des Jus Gentium haben diese Peregrinen schon als solche.

c) Ulpian. l. c.

eine Person ausdrücken. Eben so endigt sich ein Recht, wenn jene Verknüpfung mit einem Subject aufhört, daher läßt sich die Endigung auch als Verlust des Rechts durch den Berechtigten bezeichnen.

Jede Entstehung eines Rechts ist Erwerb, jede Endigung ist Verlust desselben durch die Person, in der es sein Dasein hat. Aber es kann ein Recht erworben werden, welches bisher schon existirte, indem es von dem bisher Berechtigten auf ein anderes Subject übergeht, und darin liegt zugleich auf der andern Seite, daß es verloren werden kann, ohne daß es schlechthin untergeht, indem es, wie es bei dem Verlierenden war, auf einen Andern kommt. Dieß führt auf folgende Classification der Erwerbungen, die sich zugleich auf die Endigungen anwenden läßt:

1) Die Erwerbung ist von dem bisher existirenden Recht eines Andern unabhängig. Sie heißt in diesem Fall ursprüngliche, originäre Erwerbung. Das erworbene Recht ist hier stets ein neues, welches vor dem Erwerb durch den jetzigen Berechtigten noch nicht existirte. So werden wir z. B. Eigenthümer, indem wir eine herrenlose Sache uns zueignen, und dieses unser Eigenthum ist so unabhängig von dem Recht eines Andern, daß es sogar voraussetzt, ein Anderer habe kein Recht an jener Sache gehabt. Ferner wenn jemand Gläubiger eines Andern wird, so geschieht dieß so, daß diese Forderung erst in seiner Person zum Dasein kommt, ihre Entstehung leitet sich nicht aus dem bisherigen Recht einer andern Person ab.

2) Der Erwerber leitet sein Recht von dem Recht eines Andern ab, welches die Quelle von jenem ist. Dieß heißt derivativer Erwerb. Er ist in seiner Wirkung durch das Recht einer andern Person bedingt, die darum als Urheber, auctor, des Rechts des Erwerbers bezeichnet wird. Die rechtliche Stellung des Erwerbers kann in Folge eines derivativen Erwerbs nicht besser sein, als die seines Auctors: non debeo melioris condicionis esse quam auctor meus, a quo ius in me transit.[a]) Dagegen kann das Recht des Erwerbers einen geringeren Umfang und Gehalt haben, als das Recht des Auctors.

Bei dem derivativen Erwerb sind zwei Fälle zu unterscheiden:

a) Das Recht des Auctors selbst geht auf den Erwerber über, dieser tritt ein in die Stelle jenes, succedit in locum eius. Diese Erwerbung heißt Succession; sie setzt ein juristisches Verhältniß zwischen dem früheren Berechtigten und dem jetzigen Erwerber voraus, vermöge dessen das Recht von jenem auf diesen übergeht, der bloße Wechsel des Berechtigten, der Umstand allein, daß jemand ein Recht verliert, ein Anderer dieses erwirbt, macht die Erwerbung nicht zur Succession. Wenn ich z. B. Eigenthum dadurch erwerbe, daß ich den mit gewissen Eigenschaften versehenen Besitz der Sache eine gewisse Zeit hindurch fortsetze, so hört damit der bisherige Eigenthümer auf es zu sein, es tritt ein Wechsel des Berechtigten ein, aber die Usucapion ist keine derivative, sondern eine originäre Erwerbung: der Uebergang des Eigenthums von dem Einen auf den Andern geschieht nicht vermöge einer juristischen Beziehung zwischen ihnen. Eben so, wenn ich mein Eigenthum an einer Sache schlechthin aufgebe, und diese dadurch herrenlos gewordene sofort von einem Andern occupirt wird. Jenes Verhältniß zwischen dem Auctor und Successor kann in dem übereinstimmenden Willen beider bestehen, vermöge dessen das von jenem in dieser Absicht aufgegebene Recht von diesem als solches erworben wird, aber

---

a) L. 175 § 1 D. de R. I. (50, 17).

uch ohne eine solche thätige Mitwirkung des Auctors oder des Erwerbers kann es durch rechtliche Vorschrift hergestellt sein, wie z. B. wenn eine Sache Mehreren gemeinschaftlich gehört und der Richter sie theilt, wodurch jeder sein Miteigenthum an dem Theil, der dem anderen zugewiesen wird, verliert, und jeder in Beziehung auf den Antheil des Andern an dem ausschließlich erworbenen Theil Successor desselben ist, so gut als wenn sie durch Uebereinkunft getheilt, und einander die Theile mit Aufgeben ihres Antheils daran übertragen hätten. Es giebt aber eine doppelte Art von Successionen. Entweder succedirt man in ein einzelnes Recht (oder mehrere einzelne Rechte) für sich, Singularsuccession, oder in die Gesammtheit des Vermögens, wodurch zugleich die einzelnen Rechte übergehen, Universalsuccession. Jene bezeichnen die Römer als ein succedere in rem (in rei dominium), diese als ein succedere per universitatem, oder in universum ius, in universa bona.[b]) Die Universalsuccession beruht auf einer Vereinigung der Persönlichkeit des bisherigen Berechtigten mit der des Successors, so daß jener in Beziehung auf den Gegenstand der Succession nicht, wie bei der Singularsuccession, dem Successor fortan noch als eine fremde und selbständige Person gegenübersteht. Daher wird der Ausdruck auctor fast ausschließlich von dem, in dessen Stelle wir durch Singularsuccession eingetreten sind, gebraucht.[c]) Manche Rechte können nicht durch Succession erworben werden, manche nicht durch Singular-, wohl aber durch Universalsuccession.

b) Ein Bestandtheil von dem Recht des Auctors wird auf den Erwerber übertragen, der Erwerber hat nicht das Recht des Auctors, aber ein seiner Entstehung nach davon abhängiges, sein Erwerb ist ein derivativer, aber keine Succession. Einen solchen gewährt die Bestellung von iura in re durch den Eigenthümer der Sache.

Fassen wir nun die Endigung der Rechte ins Auge, die eine gänzliche oder eine theilweise sein kann (im letzten Fall können wir sie auch als Beschränkung der Rechte bezeichnen), so geschieht sie entweder so, daß eine andere Person dadurch gewinnt, oder ohne daß dieser Erfolg, wenigstens in rechtlicher Gestaltung, eintritt. Das Letztere ist der Fall, wenn der Gegenstand des Rechts, z. B. die Sache, die in unserem Eigenthum war, untergeht, ferner wenn wir das Eigenthum so verlieren, daß die Sache herrenlos wird.[d]) Ein Verlust der ersten Art tritt stets ein in den Fällen des derivativen Erwerbs, er kann ferner auch einen originären Erwerb begleiten, z. B. die Usucapion, endlich aber kann jemand ein Recht zum Vortheil eines Andern (ganz oder theilweise) verlieren, ohne daß dieser ein Recht dadurch erwirbt, indem der Vortheil, den er erhält, nicht die Gestalt eines neuen und besonderen Rechts annimmt. Dahin gehört der Verlust eines ius in re aliena, wodurch für den Eigenthümer eine Beschränkung seines Eigenthums wegfällt, ferner der Verlust einer Forderung, wodurch der Schuldner befreit, ein Minus aus seinem Vermögen entfernt wird, eben so der Verlust einer Klage, z. B. durch Verjährung.

---

b) L. 8 D. de iureiur. (12, 2) L. 3 § 1 D. de exc. rei vend. (21, 3) L. 24 § 1 D. de damno inf. (39, 2) L. 1 § 13 D. quod legat. (43, 3) u. a.

c) In einer Constitution Diocletian's aus dem hermogenianischen Codex (Tit. de successionibus) kommt er auch für den Erblasser vor Consult. vet. ICti 6.

d) Natürlich betrachtet ließe sich sagen, Andere gewinnen dadurch, nämlich in dem zweiten Beispiel, die Möglichkeit, sich die Sache zuzueignen, im ersten durch etwanige Preiserhöhung ihres Eigenthums (z. B. bei Zerstörung von Waarenvorräthen), aber diesem Gewinn fehlt eben die rechtliche Gestaltung.

Die Thatsachen, mit welchen das Recht die Wirkung der Entstehung oder Endigung der Rechte verknüpft, heißen Entstehungs- und Endigungsarten der Rechte. Sie sind verschieden bei den verschiedenen Rechten. Im allgemeinen bestehen sie theils in Handlungen, die entweder in dieser Absicht vorgenommen sind oder unwillkürlich diese Folge haben, theils in andern von dem Willen unabhängigen Ereignissen. Es ist möglich, daß beides sich verbinden muß, um eine Entstehungs- oder Endigungsart zu bilden, zuweilen aber besteht dieselbe bloß aus einer Handlung, oder bloß aus einem sonstigen Ereigniß.

Bei der Aufhebung der Rechte ist eine doppelte Art der Wirksamkeit, die einem Endigungsgrund zukommen kann, zu unterscheiden. Der einfachste Fall ist der, daß mit dem Eintritt des Grundes die Existenz des Rechts schlechthin aufhört, wie es z. B. mit dem Eigenthum geschieht, wenn ein Anderer die Sache usucapirt hat. Das Recht wird hier ipso iure aufgehoben. Es giebt aber Gründe der Aufhebung, welchen diese unmittelbare Wirkung nicht zukommt, deren Eintritt das Recht nicht vernichtet, aber ihm seine Wirksamkeit entzieht, und dadurch denselben thatsächlichen Erfolg wie dort herbeiführt. Diese Aufhebung gestaltet sich verschieden bei den verschiedenen Rechten und unter verschiedenen Umständen, vornehmlich wichtig ist sie bei den Obligationen, wo näher darauf eingegangen werden wird. Im allgemeinen läßt sie sich so bezeichnen: es entsteht das Recht eines Andern, welches zwar nicht die Existenz des ersten Rechts direct ausschließt (wie dieß in dem angeführten Beispiel der Usucapion der Fall ist), aber es unwirksam, z. B. dem Gläubiger die Ausübung seiner Forderung (obwohl sie ipso iure noch besteht) gänzlich unmöglich macht.

Zwei Thatsachen sind für die Veränderung in den Rechten (theils in Verbindung mit anderen Umständen, theils für sich) von besonderer Wichtigkeit: Zeit und Rechtsgeschäfte. Davon soll in den folgenden Abschnitten weiter gehandelt werden.

β. Einfluß der Zeit.[a]

CXCIX. In doppelter Art hat die Zeit einen Einfluß im Recht; eine rechtliche Bedeutung ist theils gewissen Zeitabschnitten für sich, theils Zeiträumen, d. h. Summen von gewissen Zeitabschnitten beigelegt. Das erste ist der Fall, wenn für rechtliche Handlungen gewisse Tage oder Stunden bestimmt sind, entweder als Theil der Form, die zu beobachten ist, oder als Bedingung ihrer Zuständigkeit. Beides kommt insonderheit bei gerichtlichen Handlungen vor, und ist im Prozeß erwähnt worden (§ 158. 183. 187). Das zweite tritt überall ein, wo im Recht irgend etwas davon abhängig gemacht wird, daß im Lauf eines gewissen Zeitraums etwas geschehen oder nicht geschehen ist. Die wichtigsten Fälle, die dahin gehören, bestehen darin, daß durch die einen gewissen Zeitraum erfüllende Dauer eines Zustands ein Recht erworben oder verloren wird.

Der Erwerbung von Rechten durch den Ablauf einer gewissen Zeit, innerhalb deren sie ausgeübt worden sind, liegt folgender Gedanke zu Grunde. Je älter ein Recht ist, desto schwieriger wird der Beweis seiner rechtmäßigen Ent-

---

a) Die vollständigste Darstellung dieser Lehre enthält Savigny's System des heut. R. R. B. IV § 177—201. [Vgl. Bachofen in der Zeitschr. für Civilrecht und Civilproceß XVIII (1842) 2. 11, Krüger de temporum computatione 1861 und kritische Versuche S. 59 ff., Hölder Theorie der Zeitberechnung 1873.]

stehung. Dieß führt, da ein Recht nicht durch seine Dauer unsicher werden darf, darauf, das Alter seiner Ausübung selbst als eine Erwerbsart gelten zu lassen. Wenn aber dieser Grund vorzüglich bei längeren Zeiträumen eintritt, so fehlt es auch nicht an einer Veranlassung, kürzere mit derselben Wirkung zu bekleiden. Diese Veranlassung wird bei solchen Rechten eintreten, deren Erwerbung an complicirte Voraussetzungen geknüpft ist, welche nicht immer beobachtet, oder wenn dieses, nicht leicht bewiesen werden können (z. B. die Erwerbung des Eigenthums durch Succession, welche das Eigenthum des Auctors voraussetzt). wo also die Ausübung eine gewisse Zeit hindurch als bekräftigende Ergänzung des entweder an sich oder in Beziehung auf die Nachweisbarkeit unvollkommenen Erwerbs hinzukommt. Auch kann es vielleicht zweckmäßig erscheinen, einen gewissermaßen provisorischen Zustand dem definitiven Recht vorausgehen, und daher dieses erst nach einer gewissen Zeit, gleichsam einer Probezeit, eintreten zu lassen.[b])

Umgekehrt wird bei manchen Rechten angenommen, sie seien verloren, wenn sie eine gewisse Zeit hindurch nicht ausgeübt worden sind. Dieser Vorschrift kann wie dort die Absicht zu Grunde liegen, der Wirkung eines wirklichen Verlustes, dessen Beweis nur durch die Länge der Zeit schwierig oder unmöglich geworden sein kann, zu Hülfe zu kommen, der Zweck kann aber auch der sein, den Zustand der Erwartung, ob jemand von einem ihm zukommenden Recht Gebrauch machen will oder nicht, abzukürzen, und darum ihm das Recht mit jener Beschränkung, daß er es innerhalb eines gewissen Zeitraums ausüben muß, zuzuerkennen.

Man hat alle diese sehr verschiedenartigen Veränderungen in Rechten durch Zeitablauf unter dem gemeinsamen Begriff der Verjährung (Präscription) zusammengefaßt, die man in die erwerbende oder Acquisitiv- und die erlöschende oder Extinctiv-Verjährung eingetheilt hat, je nachdem ihr Resultat die Entstehung oder die Endigung eines Rechts ist. Dieser allgemeine Begriff ist kein römischer, und er ist auch nutzlos, da es, abgesehen von der Berechnung der Zeit, keine allgemeine Theorie für alle die höchst verschiedenen Institute giebt, welche unter diesen Namen der Verjährung fallen (Klagverjährung, Ersitzung, non usus u. s. f.) und die in der Folge, jedes an seinem Ort erwähnt werden sollen.

Als Hülfe für die Anwendung der Zeitbestimmungen, die das Recht enthält, dient der Kalender. Dieser verzeichnet die Zeitabschnitte, nämlich das Jahr und seine Eintheilung in Monate und Tage. Bei den Römern haben theils neben, theils nach einander drei verschiedene Kalender bestanden.[c]) Der vor Julius Cäsar geltende wurde dem Numa zugeschrieben, er theilte das Jahr in 12 Monate und 355 Tage, und schaltete ein Jahr um das andere bald 22 bald 23 Tage hinter dem 23 Februar (Fest der Terminalien) ein; diese eingeschalteten Tage wurden mit den folgenden fünf letzten Tagen des Februars zu einem mensis intercalaris vereinigt, welcher Mercedonius hieß. Diese Ein-

---

b) So gebührte es sich nach dem sittlichen Gefühl der ältesten Römer, daß die Frau in der Manus des Mannes sei. Wenn daher diese Gewalt auch nicht durch den Act der Confarreation oder der Coemtion constituirt worden war, so sollte doch schon die Ehe selbst zur Manus führen. Aber man fand es bedenklich, diese letztere sofort mit der Eingehung der Ehe (ohne Confarreation) stillschweigend eintreten zu lassen, daher galt als Recht: erst wenn die Frau ein Jahr im Hause des Mannes ist, entsteht nun stillschweigend jene Gewalt, durch die ihr ganzes Vermögen auf den Mann übergeht, und sie in die Stellung einer Tochter zu ihm kommt.

c) Censorin. de die nat. 20. Macrob. saturn. I 12—14.

schaltung vermehrt die Kalenderzeiten nicht, auch das Schaltjahr hatte kalendermäßig 355 Tage, indem die eingeschalteten Tage nur als ein Anhang des 23 Februars betrachtet wurden.[d]) Eine andere Bildung und Eintheilung des Jahres wurde auf Romulus zurückgeführt; dieses romulische Jahr bestand aus 10 Monaten und 304 Tagen. Es entfernte sich noch weiter von dem astronomischen, als das numaische, seine Anwendung im gewöhnlichen Leben würde noch bedeutendere Einschaltungen als dieses erheischt haben, für diese Ausgleichung aber sei, bemerken die Alten, keine feste Vorschrift gemacht, man habe sie unregelmäßig nach Bedürfniß, wenn die Abweichung so stark geworden, daß die Wintermonate in den Sommer und umgekehrt fielen, vorgenommen.[e]) Wahrscheinlich bestanden beide Kalender in alter Zeit neben einander in gleichmäßiger Anwendung auf verschiedene Fälle (s. unten), so daß bei dem romulischen Jahr nur deswegen nicht für die Ausgleichung mit dem astronomischen gesorgt war, weil man ihrer für die Zwecke, zu denen es diente, nicht bedurfte. Den numaischen Kalender, dessen Jahr durch Nachlässigkeit und Willkür der mit der Ordnung und Einschaltung Beauftragten in Verwirrung gekommen war,[f]) änderte Julius Cäsar, indem er, um die Ordnung herzustellen, das Jahr 708 (annus confusionis ultimus) auf 15 Monate und 445 Tage setzte, von 709 an ein Jahr von 12 Monaten und 365 Tagen einführte und da nach der damals geltenden Lehre das astronomische Jahr einen Viertelstag mehr zählte, alle vier Jahre einen Tag an demselben Ort, wo früher der Monat eingeschaltet wurde, hinzuzufügen gebot. Dieser Interkalartag, der 24 Februar des Schaltjahrs, macht aber mit dem 24 Februar (sextus ante cal. mart.) des gemeinen Jahres nur Einen Tag, welcher bisextum heißt (seine erste Hälfte — die eingeschaltete — posterior dies, die zweite — der sonstige sextus — prior dies, eine Bezeichnung, die sich aus dem Rückwärtszählen der Tage von den folgenden Kalendern erklärt), so daß auch das Schaltjahr 365 Tage hat, nur darunter einen verdoppelten von 48 Stunden. Die eingeschaltete Zeit kommt gar nicht als Zeit in Anschlag: biduum pro uno die habetur.[g])

Die Zeitabschnitte, wie sie der Kalender enthält, werden bürgerliche genannt, das Jahr heißt annus civilis im Gegensatz zu dem annus naturalis, dem astronomischen Jahr,[h]) der Monat mensis civilis im Gegensatz zu dem auf Sonnenlauf oder Mondeswechsel beruhenden naturalis,[i]) endlich der Tag dies civilis im Gegensatz gegen den dies naturalis, der von Sonnenaufgang bis Sonnenuntergang reicht, und dem die Nacht gegenübersteht. Anfang und Ende des dies civilis dagegen ist Mitternacht (sexta hora noctis).[k])

Der Kalender dient nun

1) dazu, die oben angegebene erste Art von rechtlichen Zeitbestimmungen in Anwendung zu bringen. Er gab namentlich Aufschluß über die Beschaffenheit der Tage, wonach gewisse rechtliche Handlungen an ihnen stattfanden oder

---

...bel...

...halb deren sie...älter ein Recht;

...Der ...98 § 1 D. de V. S. (50, 16).

...b. I 12 a. E.

...in. 20: — sed horum plerique ob odium vel gratiam, quo quis magistratu ...utiusve fungeretur, aut publici redemptor ex anni magnitudine in lucro plus minusve ex libidine intercalando rem sibi ad corrigendum manda-runt.

a) Die vollständigst... de V. S. (50, 16).
IV § 177—201. [Vgl.
2. 11, Krüger de temp...
Theorie der Zeitberechnung L. 8 D. de feriis (2, 12).

nicht, welche Tage also fasti, nefasti, comitiales waren. — Für diesen Gebrauch war wohl gleich von Anfang der von Numa genannte Kalender bestimmt.

2) Auch für die Berechnung von Zeiträumen gab der Kalender den einzigen sicheren Anhaltpunkt. Mit dem Ablauf einer gewissen Zeit eine rechtliche Wirkung verbinden, heißt so viel als eine gewisse Quantität gewisser Zeitabschnitte festsetzen, deren Erfüllung jene Folge haben soll. Das Natürlichste ist nun, einen Zeitraum nach solchen Zeitabschnitten zu bestimmen, die der Kalender enthält, und zwar nach den einander gleichen, also Jahren und Tagen;[l]) dadurch wird uns eben der große Vortheil verschafft, die Abschnitte nach dem Kalender zu zählen, den Zeitraum nach diesem zu berechnen, also nach einem sichern und einfachen Maß, während die Zählung anderer Zeitabschnitte: Stunden, Minuten ꝛc. Anstalten voraussetzt, deren Herstellung und Gebrauch in den meisten Fällen, wenn sie auch in der erforderlichen Art gelängen, einen mit dem Zweck in keinem Verhältniß stehenden Aufwand von Mitteln fordern würde. — Der Kalender, welcher für die Berechnung eines Zeitraums diente, war wahrscheinlich anfangs der s. g. romulische, es hat sich davon eine einzelne Anwendung in dem zehnmonatlichen Trauerjahr der Wittwe noch bis auf spätere Zeiten erhalten; nachher wurde diese Verschiedenheit unbequem gefunden, und man wandte (ohne Zweifel schon ziemlich früh) den numaischen auch auf diese zweite Art von Zeitbestimmungen an.

Bei der Berechnung eines Zeitraumes kommt es nun auf folgende Punkte an. Wenn eine nach Jahren (Monaten) und Tagen gemachte Zeitbestimmung auf einen vorliegenden Fall angewendet, also entschieden werden soll, ob die Dauer eines gewissen Zustandes jener festgesetzten Zeit gleichkommt, so ist

a) sein Anfang zu bestimmen, also der Zeitabschnitt, in welchem er begonnen hat. Soll nun dies lediglich nach dem Kalender geschehen, so ist die möglich genaueste Bestimmung die des Tags, der Zeit von Mitternacht zu Mitternacht, denn dieß ist der kleinste Zeitabschnitt, den der Kalender aufweist. In welche Stunde der Anfangspunkt fällt, darauf kommt nichts an, der ganze Tag wird wie ein Moment behandelt, ein Zustand, der in der ersten Stunde des Tags anfängt, hat hier für uns keine längere Dauer als der in der letzten Stunde begonnene.[m])

b) Von diesem Anfang an hat man nun nach dem Kalender so viele Jahre und Tage zu zählen, als der vorgeschriebene Zeitraum enthält, und darnach zu bemessen, ob dieser in dem vorliegenden Fall schon abgelaufen ist. Es kommt mit andern Worten darauf an, den letzten Tag zu bestimmen, mit dem in dem vorliegenden Fall das Recht erworben oder verloren ist. Auch hier ist also nur von dem letzten Tag, nicht von einer letzten Stunde u. s. f. die Rede. Ein von irgend einem Tag an zu berechnendes Jahr endigt sich daher mit dem 365sten Tag (nicht mit der 8760sten Stunde), ein Monat mit dem 30sten Tag (nicht mit der 720sten Stunde).[n])

---

l) Als es aufkam, auch nach Monaten einen Zeitraum auszudrücken, wurde es eben darum Bedürfniß, diese an sich ungleichen Abschnitte zu jenem Behuf in gleiche zu verwandeln. Daher wurde der Grundsatz aufgestellt: jeder solche zur Bezeichnung eines Zeitraums gebrauchte Monat ist als eine Zeit von 30 Tagen zu nehmen, zwei Monate also gleich 60 Tagen L. 12 § 6 L. 30 § 5 D. ad L. Iul. de adulter. (48, 5), drei Monate gleich 90 Tagen L. 22 § 2. 11 C. de iure delib. (6, 30) u. s. f.

m) Eben so wie wenn nach Minuten gerechnet wird, es gleichgültig ist, in welcher Secunde einer Minute der Zustand begonnen hat.

n) Zum Verständniß der Quellen ist zu bemerken, daß die Römer bei der Anwendung der Ordinalzahlen, so daher namentlich bei der Bezeichnung des letzten Tags eines Zeitraums, einen

Für diese Rechnung nach Kalenderzeiten, wobei also der Tag als der kleinste zu berücksichtigende Zeitabschnitt gilt, gebrauchen die Römer den Ausdruck civiliter numerare oder computare was sie selbst durch ad dies numerare, und totum postremum diem (den Tag als ein untheilbares Ganzes) computare, und durch den Gegensatz a momento ad momentum oder ad momenta temporum (mit Berücksichtigung kleinerer Zeitabschnitte) computare erklären. Jede andere Berechnung (z. B. eben die ad momenta temporum) ist eine nicht civile,[o]) andrerseits aber enthält der Begriff der Civilcomputation auch nichts weiter als jenes, Civilcomputation ist die Berechnung nach ganzen Tagen (nicht nach kleineren Zeittheilen).[p])

Innerhalb der Civilcomputation selbst findet sich ein Unterschied, der die Bestimmung des Anfangs und des Endes betrifft. Er soll sogleich durch ein Beispiel anschaulich gemacht werden. Wenn ein Zustand, damit eine gewisse Wirkung eintrete, ein Jahr, also 365 Tage gedauert haben soll, so kann bei der Berechnung dieses Zeitraums als der erste Tag der, an welchem das den Zustand erzeugende Ereigniß eingetreten ist, genommen werden, aber auch der folgende.[q]) Ferner kann der Zeitraum für beendigt erklärt werden entweder schon, wenn der 365ste Tag erreicht, oder erst, wenn er zurückgelegt ist.[r]) Dieser Unterschied ist unmerklich, wo nach sehr kleinen Zeittheilen gerechnet wird, die wir in einem Moment erreichen und überschreiten, wichtig wird er für die Berechnung nach ganzen Tagen, weil hier eine Differenz von beinahe 24 Stunden dadurch entsteht. Die römischen Juristen befolgen dabei folgende Regeln:

Wenn durch eine gewisse Dauer eines Zustandes ein Recht erworben werden soll, so das Eigenthum durch fortgesetzten Besitz (Usucapion), das Recht zu testiren, zu manumittiren ꝛc. durch ein gewisses Alter, so wird der Tag des Besitzerwerbs, der Geburt als der erste gerechnet, und der letzte Tag braucht nur erreicht, also die Mitternacht, die ihm vorhergeht, nur überschritten zu sein, um das Recht erworben zu haben.[s]) Wie aber dieser dies novissimus oder postremus oder extremus zu finden sei, darüber wird gestritten. Nach dem Bisherigen kann kein Zweifel sein: es ist der letzte von der Summe von Tagen, aus denen der Zeitraum besteht, bei einem Jahr also der 365ste. Wenn daher die Usucapion am 1 Januar begonnen hat, der Mensch an diesem Tag

---

doppelten Sprachgebrauch befolgen, indem sie theils den Zeitabschnitt, von dem die Zählung ausgeht, theils erst den folgenden als den ersten zählen. Den Satz z. B., daß alle vier Jahre eingeschaltet wird, drücken sie bald mit quinto quoque anno, bald mit quarto quoque anno aus. Vgl. Savigny System des heut. R. R. IV Beil. XI. Die erste Redeweise ist, wenigstens bei einem sich wiederholenden Zeitraum wie in dem gegebenen Beispiel, als die üblichere und regelmäßige zu betrachten, daher die Abweichung davon, die Einzelne sich erlaubten, bei den Römern selbst Mißverständnisse veranlaßte Macrob. saturn. I 14.

o) Man pflegt diesen Gegensatz mit naturaliter computare auszudrücken, ein Ausdruck, der vollkommen richtig gebildet ist, und sicher nur zufällig in unseren Quellen sich nicht vorfindet.

p) L. 6 D. de usurp. (41, 3) L. 134 D. de V. S. (50, 16).

q) Es ist hier von der Berechnung selbst, nicht von der Verschiedenheit bloß des Ausdrucks (Note n) die Rede.

r) Diese Verschiedenheit wird in L. 5 D. qui test. fac. poss. (28, 1) mit complere und excedere des Zeitraums ausgedrückt.

s) Usucapion: L. 6. 7 D. de usurp. (41, 3) L. 15 pr. D. de divers. temp. praeser. (44, 3). Testamentsmündigkeit: L. 5 D. qui test. fac. p. (28, 1), Manumissionsfähigkeit: L. 1 D. de manum. (40, 1), Erwerbung der Civität durch ein einjähriges Kind: L. 132 pr. 134 D. de V. S. (50, 16). — Man hat diese Berechnungsweise mit den Worten: dies ultimus coeptus habetur pro completo ausgedrückt, und darin fälschlich das Kennzeichen der Civilcomputation gesucht, während sie in der That nur eine einzelne, besonders gestaltete Anwendung derselben ist.

geboren ist, so ist das Eigenthum erworben, das fragliche Alter erreicht am 31 December, und zwar incipiente die, daher sowie die Mitternacht zwischen dem 30 und 31 vorüber ist.[t]) Savigny will den letzten Tag durch eine Anwendung der Naturalcomputation finden, er bestimmt ihn als den, worein der Endpunkt fiel, wenn ad momenta temporum gerechnet würde, so daß also in unserm Beispiel der Erwerb erst einträte am Anfang des 1 Januars.[u])

Wenn durch den Ablauf der Zeit ein Recht verloren werden soll, so eine Klage durch Versäumniß ihrer Anstellung eine gewisse Zeit hindurch (Klagverjährung), die prätorische Erbfolge durch Versäumniß der für ihre Erlangung gesetzten Frist, so muß der letzte Tag ganz abgelaufen sein, wenn das Recht verloren sein soll, wer jene Handlung am letzten Tage noch vornimmt, hat das Recht nicht versäumt.[v]) Dieß ist der durchgängige und unzweifelhafte Unterschied dieses Falls von dem vorigen des Erwerbs. Zweifelhaft ist, ob auch in Beziehung auf die Bestimmung des Anfangstags ein Unterschied stattfand. Wenn man die Sache so auffaßte: so und so viel Tage des Versäumnisses bringen uns z. B. um die Klage, so war es nicht unnatürlich zu sagen: nicht der Tag, wo die Klage entstanden ist, sondern erst der folgende ist der erste des Versäumnisses. Nach den einzelnen Entscheidungen in unsern Quellen aber ist anzunehmen, daß die Römer darüber nicht, wie dort, eine gleichmäßige Regel befolgten.[w])

Die Verschiedenheit der civilen Berechnung bei Erwerb und Verlust, die jetzt dargestellt worden ist, hat einen innern Grund. Wenn jemand an so und so viel Tagen besessen oder gelebt haben soll, so hat er am letzten Tag besessen oder gelebt, wenn er nur den Anfang desselben erreicht hat, daß er hingegen auch am letzten Tag eine Handlung versäumt habe, können wir erst sagen, wenn dieser ganz abgelaufen ist. Nun konnte es aber bei manchen Verhältnissen zweifelhaft scheinen, ob sie zu den Fällen der ersten oder der zweiten Art zu rechnen seien. Die römischen Juristen bedienen sich bei der Entscheidung dieser Frage nicht selten äußerer Gründe, die von den Worten des geschriebenen

---

t) Dieß wird bestätigt durch L. 132 u. 134 D. de V. S. (50, 16), wo (bei dem anniculus) zuerst der Ausdruck extremus anni dies und dann trecentesimus sexagesimus quintus gebraucht wird; außer allen Zweifel aber setzt es L. 5 D. qui testam. (28, 1): A qua aetate testamentum vel masculi vel feminae facere possunt, videamus. Et verius est, in masculis quidem quartum decimum annum spectandum, in feminis vero duodecimum completum. Utrum autem excessisse debeat quis quartum decimum annum, ut testamentum facere possit, an sufficit complesse (s. Note r)? Propone aliquem calendis ianuariis natum testamentum *ipso natali suo* fecisse quarto decimo anno, an valeat testamentum? Dico valere. *Plus arbitror*, etiamsi *pridie calendarum* fecerit post sextam horam noctis (d. h. in irgend einem Theil des 31 Decembers, auch gleich am Anfang), valere testamentum: iam enim complesse videtur annum quartum decimum, ut Marciano videtur.

u) Sein Hauptgrund ist die allzugroße Abweichung jenes Resultats von dem der mathematischen Berechnung, das heißt, er stellt sich auf den Standpunkt dieser, was eben unzulässig scheint.

v) L. 6 D. de O. et A. (44, 7) L. 31 § 1 D. ad L. Iul. de adult. (48, 5) L. 101 D. de R. I. (50, 17) L. 1 § 9 D. de success. ed. (38, 9).

w) L. 101 D. de R. I. (50, 17) spricht von einem Gesetz, welches eine Frist von zwei Monaten (60 Tagen) für die Ausübung eines Rechts festsetzt, hier sei verordnet, daß auch der noch zugelassen werden solle, der am 61sten komme. Der Jurist bedient sich den Ausdruck anlangend der gewöhnlichen Zählung mit Einschluß des Tags, in den das Ereigniß fällt, in der Sache aber rechnet er diesen nicht bei den 60 Tagen mit. Dagegen wird bei der Appellationsfrist von 2 oder 3 Tagen der Tag der Sentenz mitgerechnet L. 1 § 5. 12 D. quando appell. (49, 4), und eben so scheint es bei der Anklage wegen Ehebruchs, und bei der prätorischen Erbfolge gewesen zu sein (s. die Note v cit. St.).

Rechtssatzes hergenommen sind.[x]) Ein merkwürdiger Fall, der eine verschiedene Entscheidung zuließ, war die Entstehung der Manus durch einjähriges Verbleiben der Frau im Haus des Manns (usu). Faßt man ihn unter den Gesichtspunkt einer Erwerbung, wie die Usucapion, so ist, wenn die Frau am 1 Januar ins Haus des Mannes überging, die Manus über sie entstanden am Anfang des folgenden 31 Decembers, und die Möglichkeit durch eine Abwesenheit per trinoctium die Entstehung zu verhüten, fällt nach dem 27 December weg, denn eine Frau, die erst am 28 jene Unterbrechung des Usus beginnt, ist bei Vollendung des Jahres nur $2^1/_2$ Nacht abwesend gewesen. Anders entscheidet aber Q. Mucius Scävola die Sache:[y]) erst nach dem 28 December (um bei dieser uns geläufigen Bezeichnung zu bleiben) falle die Möglichkeit der Unterbrechung weg, die Entfernung am 29 nütze nichts mehr: quoniam tertiae noctis posteriores sex horae alterius anni essent, qui inciperet ex calendis. Daraus ergiebt sich, daß der Jurist von der Ansicht ausging, der letzte Tag (nach dem damals geltenden Kalender der 355ste) müsse ganz abgelaufen sein, damit die Manus entstehe.[z]) Dieß hat nichts auffallendes, es ist vielmehr eine nicht uninteressante Bestätigung anderer Nachrichten über die Geschichte der Manus. Daß die Frau in der Manus des Mannes sei, erschien den ältesten Römern als das Naturgemäße. Das hatte sich zur Zeit des Mucius sehr verändert, es war eine Reaction dagegen entstanden, die sich zuletzt mit der völligen Aufhebung der stillschweigenden Entstehung durch Usus endigte.[aa]) Damit stimmte es sehr wohl überein, daß die Rechtskundigen schon vorher den Usus nicht begünstigten, und ihn mehr aus dem Gesichtspunkt des Verlustes der Selbständigkeit, als eines Erwerbs beurtheilten.

In einem Fall wird eine Berechnung a momento ad momentum angewendet, obwohl nicht rein, sondern ebenfalls mit Zuziehung des Kalenders. Die Minderjährigkeit beschließt sich nach der Civilcomputation am Tag vor dem zum fünf und zwanzigsten Mal wiederkehrenden Geburtstag; sofern dadurch das Recht der In integrum Restitutio verloren wird, müßten wir sagen: mit dem Ablauf (nicht mit dem Anfang) jenes Tags; am sechs und zwanzigsten Geburtstag hat man das Alter von fünf und zwanzig Jahren überschritten, er ist der erste der Volljährigkeit. Nun ist aber festgesetzt, wenn jemand an diesem seinem Geburtstag, nur noch vor der Stunde seiner Geburt, ein ihm nachtheiliges Geschäft geschlossen hat, so soll es in Beziehung auf jenes Recht so behandelt werden, als ob er noch minor gewesen wäre.[bb]) Diese Abweichung von

---

x) So wird, daß bei dem Manumissionsalter schon der Anfang des letzten Tages hinreiche, dadurch begründet, daß das Gesetz nicht dem maior XX annis die Manumission erlaube, sondern dem minor sie verbiete, deshalb sei keine Ueberschreitung (Note r) des Alters von zwanzig Jahren erforderlich L. 1 D. de manum. (40, 1). Ferner bei dem prätorischen Erbrecht heiße es im Edict, es müsse intra centum dies, intra annum erworben werden, der letzte Tag sei aber auch noch intra tempus L. 1 § 9 D. de succ. ed. (38, 9). Gegen eine ihnen deferirte Vormundschaft entschuldigt werden maiores LXX annis, daher excessisse oportet LXX annos L. 2 pr. D. de excus. (27, 1).

y) Gell. III 2. Macrob. sat. I 3. Vorausgesetzt freilich, daß Gellius (welchem Macrobius folgt) genau mitgetheilt hat, was er „gelesen hatte, daß Mucius zu sagen pflegte," und daß sein Autor richtig gehört hat. Gellius kam es bei seinem Citat nur auf einen Beleg dafür an, daß der Tag von Mitternacht zu Mitternacht reiche.

z) Bloß dieses folgt daraus, nicht, wie Savigny annimmt, die Richtigkeit seiner oben besprochenen Meinung.

aa) Gai. I 111.

bb) L. 3 § 3 D. de minor. (4, 4).

der Regel beruht offenbar auf einer Begünstigung der Minderjährigen, die der Art, wie das Recht sie überhaupt behandelt, vollkommen entsprechend ist.[cc])

C. Man kann einen Zeitraum noch mehr als es bei der bisher dargestellten Berechnung der Fall ist, mit dem Kalender identificiren, und dadurch die Berechnung ganz unnöthig machen, indem man nämlich den Schlußtag gleich von vorn herein bestimmt festsetzt, z. B. indem, statt die Dauer eines Amts auf ein Jahr festzusetzen, erklärt wird, es endige sich stets mit dem 31 December.[a]) Dieß ist offenbar eine sehr zweckmäßige Methode, wodurch die zweite Art der Zeitbestimmungen (die Zeiträume) der ersten (der Aufstellung von Zeitabschnitten) gleichgemacht wird. Aber diese Vereinfachung der Sache ist unthunlich, wo es sich um die Dauer eines zu den verschiedensten Zeiten eintretenden Zustands handelt, wie eines Lebens, eines Besitzes, eines Klagerechts u. s. f.[b])

Zuweilen ist jedoch die Berechnung eines Zeitraums umgekehrt erschwert, durch besondere Modificationen, die vermöge rechtlicher Vorschrift dabei eintreten können. Das Regelmäßige ist, daß wenn das Ereigniß, welches den Anfang des Zeitraums bildet, eingetreten ist, ununterbrochen alle Tage, wie sie der Kalender giebt, gezählt werden, so daß also alle Abschnitte, aus denen der Zeitraum besteht, an einander hängen. Ein solcher Zeitraum heißt continuum tempus. Diese Regel hat keine Ausnahme bei den Zeiträumen, durch deren Ablauf ein Recht erworben werden soll. Sie gilt auch für die, welche für den Verlust eines Rechts durch Versäumniß (z. B. Klagverjährung) festgesetzt sind, hier indessen kommen Ausnahmen vor; es ist zuweilen bestimmt, daß bei der Berechnung gewisse Tage übersprungen werden sollen, so daß dadurch der Zeitraum eine viel größere Ausdehnung erhalten, eine Zeit z. B. von 100 Tagen zu einem Jahr anwachsen kann, wenn nämlich in diesem ganzen Jahr 265 Tage vorkamen, die zu überspringen waren. Ein solcher Zeitraum, der in der Wirklichkeit über seinen nominellen Betrag sich erweitern kann, heißt utile tempus, die Tage, aus denen er besteht, utiles dies. Diese Bestimmung ist stets die Ausnahme, und sie kommt nur vor, wo folgende Voraussetzungen zusammentreffen: 1) ein Recht durch Unterlassung einer Handlung verloren gehen soll, an deren Vornahme jemand ohne seine Schuld an gewissen Tagen gehindert sein kann, 2) die Handlung vor Gericht vorgenommen werden soll, wodurch die Möglichkeit einer Hinderung um so näher liegt, da sie auch in dem Gericht begründet sein kann, 3) die Zeit eine kurze ist, da bei einer längeren eben schon durch diese Länge selbst auf die Möglichkeit von Hindernissen Bedacht genommen ist, die bei kürzeren durch jene eigenthümliche Berechnung unschädlich gemacht werden sollen; das utile tempus kommt nur bei Zeiträumen vor, die nicht über ein Jahr betragen, 4) die Zeit nicht durch Verfügung für einen einzelnen Fall, sondern durch einen Rechtssatz festgesetzt ist. Die Hindernisse, die manche Tage bei der Berechnung ausfallen machen können, sind nicht

---

cc) Nach der savigny'schen Ansicht würde sie vielmehr unerklärlicher Weise zum Nachtheil dieser Personen eingeführt sein, denn ihr zu Folge würde, civiliter computirt, das Recht erst am Ende des Geburtstags verloren gehen.

a) So pflegten die Römer Zinsgeschäfte an den Kalenden des Monats abzuschließen, und damit diesen Tag zugleich zum Zahltag zu machen.

b) Unmöglich wäre sie auch hier nicht, es ließe sich z. B. die Verjährung einer Klage so bestimmen: die Klage, die in irgend einem Theil des Jahrs entstanden ist, geht verloren, wenn sie nicht bis zum Ablauf des 31 Decembers des nächsten Jahrs angestellt wird. In den meisten Fällen aber würde dieß unpassend sein.

überall dieselben, sie hängen von der Beschaffenheit der vorzunehmenden Handlung ab.[c]) Als Hinderungsgründe in der Person dessen selbst, der handeln soll, gelten Abwesenheit, deren Beseitigung nicht in seiner Willkür steht, und Krankheit, die seine Thätigkeit unmöglich macht, vorausgesetzt, daß auch nicht die Möglichkeit durch einen Stellvertreter zu handeln übrig blieb.[d]) Das Hinderniß kann aber auch in dem Umstand liegen, daß die Handlung bei der Behörde vorgenommen werden muß; die Tage, wo diese nicht zugänglich war, oder an denen überhaupt eine Handlung, wie die betreffende, nicht vorgenommen werden kann (§ 158), sind bei dem utile tempus außer Ansatz zu lassen. Endlich kann die Abwesenheit einer dritten Person ein Hinderniß werden, nämlich bei einer Klage, für die eine Frist vorgeschrieben ist, die des zu Belangenden. — Die Schwierigkeit der Berechnung eines utile tempus, und die Ungewißheit der rechtlichen Verhältnisse, die eine Folge davon ist, daß die Entscheidung von individuellen Umständen abhängt, hat im späteren Recht darauf geführt, manchen früher utiliter zu berechnenden Zeiträumen tempora continua zu substituiren.[e])

Endlich giebt es eine mit rechlicher Wirkung versehene Zeit, bei welcher ihrer Natur nach von einer Berechnung nicht die Rede sein kann, da sie nicht aus einer bestimmten Zahl von Zeitabschnitten besteht. Die Wirkung der meisten juristischen Zeiträume läßt sich so bezeichnen: der Zeitablauf verwandelt einen factischen (oder als solcher geltenden) Zustand in einen rechtlichen (oder als solchen erweislichen).[f]) Diese Wirkung ist nun auch einer unbestimmt langen Zeit beigelegt, welche dadurch charakterisirt wird, daß der Anfang eines gegenwärtigen Zustandes über Menschengedenken hinausliegt, origo eius memoriam excessit. Dieß ist dann der Fall, wenn der Zustand so lange gedauert hat, daß niemand existirt, der über seinen Ursprung aus eigner Anschauung oder von Hörensagen Auskunft ertheilen kann, noch auch eine solche Auskunft von Früherlebenden, die den Anfang gesehen oder davon gehört haben, vernommen hat.[g]) Man nennt eine solche Zeit eine unvordenkliche (Immemorialverjährung), die Römer brauchen dafür das Wort vetustas. Sie äußert ihre Wirkung in solchen Fällen, wo kein Rechtssatz eine bestimmte Zeit für Entstehung oder Endigung eines Rechts anordnet, namentlich da, wo die Rechtmäßigkeit eines Zustands eine obrigkeitliche Verfügung oder Concession voraussetzt, durch die er entstanden ist; wo nun diese der Länge der Zeit wegen nicht mehr nachgewiesen werden kann, soll die Dauer des Zustands jene unvordenkliche Zeit hindurch sie ersetzen: vetustas legis vicem tenet, pro lege habetur.[h])

---

c) L. 2 § 1 D. quis ordo in poss. (38, 15) L. 1 D. de div. temp. praescr. (44, 3).

d) Das Hinderniß, welches in der Nichtkenntniß von der Zuständigkeit der Handlung liegt, zu berücksichtigen, kann besonders vorgeschrieben sein, so durch die Bestimmung, daß ein gewisser Zeitraum erst von dem Augenblick der Kenntniß laufen soll; in der bloßen Eigenschaft der utilitas temporis liegt dieß nicht. Jene Vorschrift kann bei einem utile tempus fehlen, bei einem continuum gegeben sein.

e) Diese Lehre vom utile tempus ist erst durch Savigny a. a. O. § 189 – 191 auf ihre wahre Gestalt zurückgeführt worden.

f) So verwandelt sich bei der Usucapion die Ausübung des Eigenthums (der Besitz) in das Eigenthum, bei der Klagverjährung die factische Unangefochtenheit des Beklagten in eine rechtliche.

g) L. 28 D de probat. (22, 3) L. 2 § 8 D. de aqua pluv. (39, 3).

h) L. 1 § ult. L. 2 pr. 26 D. de aqua pluv. (39, 3) L. 3 pr. de loc. et itin. publ. (43, 7) L. 3 § 4 D. de aqua quot. (43, 20). Savigny System V § 195 – 197.

γ. Rechtsgeschäfte.

a. Allgemeines.

CCI. Die meisten Veränderungen in den Rechten werden durch Handlungen hervorgebracht. Man nennt die Handlungen, denen eine solche rechtliche Wirkung zukommt, juristische. Handlung überhaupt ist jede Bewegung des Willens, äußere Handlungen sind die, welche eine Einwirkung auf die Sinnenwelt enthalten. Das, was die äußere Handlung mit der inneren gemein hat, ist der Wille und seine Bestimmung zu etwas (Entschluß), dazu kommt nun noch die Aeußerung des Willens (die That, das factum). Nur äußere Handlungen sind juristische.[a]) Das Factum in diesem Sinne kann nicht allein in einer positiven Thätigkeit, sondern auch in einem Unterlassen bestehen; es giebt nicht bloß positive (Begehungs-), sondern auch negative (Unterlassungs-) Handlungen.

Die rechtliche Wirkung kann in einem doppelten Verhältniß zu der Handlung stehen. 1) sie ist unabhängig von dem Willen des Handelnden, der also möglicherweise auf einen ganz andern Erfolg gerichtet sein kann; 2) sie setzt voraus, daß die Absicht des Handelnden auf sie ging. Handlungen, deren Absicht auf eine rechtliche Wirkung gerichtet ist, heißen Rechtsgeschäfte. Diese haben also stets eine Wirkung, die in jenem zweiten Verhältniß zur Handlung steht, außerdem können sie aber noch andere unwillkürliche rechtliche Folgen haben; z. B. der Antritt einer Erbschaft ist ein Rechtsgeschäft, die Erwerbung des Erbrechts ist seine beabsichtigte Wirkung, überdieß aber tritt der Erbe als solcher in mancherlei Verbindlichkeiten, und für diese Wirkung ist es gleichgültig, ob seine Absicht darauf ging oder nicht. Unerlaubte Handlungen dagegen haben stets nur eine rechtliche Wirkung, die in dem ersten Verhältniß steht, es ist nicht diese Wirkung, die der Handelnde beabsichtigt.

Die Rechtsgeschäfte sind theils einseitige, theils zweiseitige. Bei jenen geht die Einwirkung auf das Recht, in welcher der Zweck des Rechtsgeschäfts besteht, von einer Person aus, bei diesen wirken Mehrere zur Hervorbringung des rechtlichen Erfolgs übereinstimmend zusammen, der Erfolg beruht auf ihrem übereinstimmenden Willen und seiner Aeußerung. Diese zweiseitigen Rechtsgeschäfte heißen Verträge.

Diese Erfordernisse der Rechtsgeschäfte sind theils solche, die sie mit allen Handlungen gemein haben, theils besondere. Sie sollen nun nach den drei Momenten einer Handlung: Wille, Richtung des Willens auf etwas, Aeußerung des Willens, dargestellt werden.

CCII. Rechtsgeschäfte setzen in dem Handelnden vor allem

1) Willensvermögen voraus, ohne welches überall keine Handlung möglich ist. Willensunfähige sind daher durchaus handlungsunfähig, und dieß gilt nicht bloß für Rechtsgeschäfte, sondern für alle Handlungen. Daher sind juristische Personen nicht handlungsfähig, dem Begriff, der hier das Subject der Persönlichkeit ausmacht, kann kein wirklicher Wille zugeschrieben werden. Daß ihnen ein Recht, eine Macht, zugeschrieben wird, beruht auf einer bloßen Fiction. Diesem Mangel ist für Rechtsgeschäfte, soweit ein Bedürfniß es erheischt, durch Stellvertreter abgeholfen, deren Wille unter gewissen Voraussetzungen als Wille der juristischen Person gilt. Alle die juristischen Personen,

---

a) — nec consilium habuisse noceat, nisi et factum secutum fuerit L. 53 in f. 225 D. de V. S. (50, 16). Eben so wenig ist aber das Factum für sich und ohne den Willen eine Handlung.

welche überhaupt in den rechtlichen Verkehr einzugreifen bestimmt sind, können Beamte und Vorsteher mit dieser Function haben, bei den Corporationen kommt zu diesen Repräsentanten noch die Versammlung der Glieder, deren verfassungsmäßiger Beschluß als Wille des Ganzen gilt. Die Verfassung einer Corporation hat diese Vertretung derselben zu ordnen.[a])

Der menschliche Wille ist bedingt durch die Vernunft, mit dieser geht auch jener verloren. Daher sind Wahnsinnige (furiosi, dementes) handlungsunfähig.[b]) Aber es giebt auch Menschen, denen nicht durch eine geistige Krankheit die Vernunft entzogen ist, sondern durch ihr Alter, oder vielmehr bei denen sie erst in der Ausbildung begriffen ist: die Kindheit ist, wenigstens annähernd, ein Zustand der Vernunftlosigkeit.[c]) Dieses Alter nennen die Römer infantia, die Personen dieses Alters infantes oder qui fari non possunt, d. h. die, wenn sie auch Laute und sogar Worte bilden, doch nicht mit Einsicht in die Bedeutung der Worte sprechen können. Die infantia ist ein Kennzeichen des Mangels voller Willenskraft, da beide Fähigkeiten gleichmäßig sich zu entwickeln pflegen, den Römern aber lag es deswegen am nächsten, weil die wichtigsten rechtlichen Handlungen ohne Aussprechen gewisser Worte nicht vorgenommen werden konnten. Gerade indessen, daß die Handlungsfähigkeit nicht auf die Fähigkeit zu sprechen überhaupt, sondern mit Einsicht zu sprechen, also auf ein nicht durchaus äußerliches Kennzeichen gestellt ist, machte es, um jede Ungewißheit zu beseitigen, nöthig, die Grenze der Kindheit, die völlig handlungsunfähig machen sollte, nach der Zahl der Jahre genau festzusetzen. Dieß geschah, indem man der alten Lehre folgte, die das Leben der Menschen in siebenjährige Perioden eintheilt,[d]) so daß für die infantia die ersten sieben Lebensjahre angenommen, und alle Personen für infantes erklärt wurden, die noch nicht das siebente Jahr vollendet haben.[e])

2) Die zweite Voraussetzung der Handlung ist die Richtung des Willens auf etwas, bei dem Rechtsgeschäft insonderheit auf den Zweck desselben, das Rechtsverhältniß, das dadurch hervorgebracht oder modificirt werden soll. Diese Richtung setzt eine Einsicht in die Bedeutung der Handlung, bei Rechtsgeschäften insbesondere in den Zweck und die Mittel, und ihr Verhältniß zu einander, mit einem Wort Verstand voraus. Es giebt Personen, denen dieser Verstand, wenigstens in dem erforderlichen Grade, abgeht, diese sind, soweit ein sicheres und allgemeines Kennzeichen dafür möglich ist, in ihrer Handlungsfähigkeit beschränkt worden. Dahin gehören

---

a) Nach der späteren römischen Städteverfassung wird die Commune durch die Curie vertreten, und zu einem Beschluß derselben ist die Anwesenheit von zwei Drittheilen der sämmtlichen Decurionen nöthig, Beschluß aber ist der Wille der Mehrheit dieser Anwesenden L. 2. 3 D. de decretis ab ordine fac. (50, 9) L. 19 D. ad munic. (50, 1) L. 46 C. de decur. (10, 32).

b) L. 5. 40 D. de R. I. (50, 17): furiosi — nulla voluntas est L. 1 § 12 D. de O. et A. (44, 7).

c) L. 32 § 2 D. de adquir. poss. (41, 2): — nullus sensus est infantis accipiendi possessionem.

d) Censorinus de die nat. 14:—in prima hebdomade dentes homini cadere, in secunda pubem apparere, in tertia barbam nasci, in quarta vires, in quinta maturitatem ad stirpem relinquendam, in sexta cupiditatibus temperari, in septima prudentiam linguamque consummari, in octava eadem manere, in nona omnia fieri languidiora, in decima hominem fieri morti maturum.

e) Ulpian. L. 1 § 2 D. de admin. tut. (26, 7) Modestin. L. 14 D. de sponsal. (23, 1) Arcad. L. 8 C. Th. de bon. mat. 8, 18) Theodos. II L. 18 pr. C. de iure delib. (6, 30) vgl Quintilian. institut. I 1 Macrob. somn. Scip. I 6: — eodemque anno, id est septimo, plene absolvitur integritas loquendi.

a) die Personen, welche über die Kindheit, das Alter der völligen Handlungsunfähigkeit, hinaus, aber noch unmündig sind: impuberes qui fari possunt (impuberes infantia maiores). Bei diesen ist anzunehmen, daß sie noch nicht die hinreichende Einsicht in die rechtliche Bedeutung einer Handlung haben,[f]) daher sind sie aller Geschäfte für unfähig erklärt, bei denen jener Mangel einen Nachtheil verursachen kann, also aller, die eine Veräußerung oder eine Verpflichtung von ihrer Seite einschließen, reiner Erwerbsgeschäfte sind sie fähig.[g]) Dieser Grundsatz erhält eine Modification durch die Form gewisser Geschäfte, gerichtlicher sind Impuberes unfähig, welches auch ihr Inhalt sein möge, daher sie auch nicht erwerben können durch legis actio, und dieß ist ohne Zweifel auch auf die Mancipation erstreckt worden.[h]) Durch die Form schon waren Impuberes auch von der Fähigkeit ein Testament zu machen ausgeschlossen, die Unmöglichkeit dagegen, daß ein Impubes unter Mitwirkung eines Tutors testire, beruht auf dem materiellen Grund, daß bei dieser Handlung schlechterdings eigne, selbständige Einsicht gefordert wird. Dagegen ist die Unmöglichkeit einer Eheschließung bei den Unmündigen in keiner Rücksicht eine Beschränkung der Handlungsfähigkeit, es ist die Unfähigkeit, in einer Ehe zu leben, die jene Unfähigkeit, eine Ehe zu schließen, nur zur nothwendigen Folge hat.[i]) — Jener Mangel der Handlungsfähigkeit aber, der die Unmündigen von gewissen Rechtsgeschäften ausschließt, kann dadurch gehoben werden, daß sie unter dem Beistand anderer Personen handeln, deren Verstand die mangelnde Einsicht des Handelnden ersetzt. Das Recht hat jedoch diese Ergänzung der Handlungsfähigkeit an gewisse Voraussetzungen geknüpft. Einmal muß der Beistehende eine dem Unmündigen zu diesem Zweck gesetzlich zugeordnete Person: ein tutor sein, sodann muß seine Mitwirkung in der dafür vorgeschriebenen Form geschehen. Sie besteht darin, daß der Tutor den Unmündigen (seinen Pupillen) in seiner Gegenwart und auf sein mündliches Geheiß handeln läßt. Diese Genehmigung, die bei der Handlung selbst als ein Theil derselben erklärt werden muß, heißt auctoritas tutoris; sie giebt der Handlung des Pupillen dieselbe Kraft, wie sie der eines vollkommen Handlungsfähigen zukommt. Dieses Verfahren ist wohl zu unterscheiden von dem Fall, wenn der Tutor für den Pupillen handelt. Wenn der Tutor auctor wird, handelt der Pupill selbst, die Auctoritas tritt nur als ein Ergänzendes hinzu, sie macht die natürliche Handlung zu einer juristischen.

Das Bisherige gilt von Rechtsgeschäften der Unmündigen. Aber auch unerlaubter Handlungen sind sie nicht fähig, sie werden dadurch weder zur Strafe noch zum Schadenersatz obligirt. Natürlich kann hier von keiner Ergänzung der Handlungsfähigkeit durch Auctoritas die Rede sein, dagegen ist

---

f) Actum rei non intelligunt L. 5 D. de R. I. (50, 17). Eius aetatis ut nondum intelligat quid agatur L. 1 § 13 D. de O. et A. (44, 7) L. 6 D. rem pupilli (46, 6) L. 9 D. de adquir. her. (29, 2).

g) § 9. 10 I. de inut. stip. (3, 19) L. 9 D. de auct. tut. (26, 8) L. 8. 9 D. de adquir. her. (29, 2) L. 11 D. de adquir. dom. (41, 1) L. 32 § 2 D. de adquir. poss. (41, 2). In eine allgemeine Regel zusammengefaßt: meliorem quidem suam condicionem licere eis facere etiam sine tutoris auctoritate, deteriorem vero non aliter quam tutore auctore pr. I. de auct. tut. (1, 21) L. 28 pr. D. de pact. (2, 14).

h) Ulp. XI 27. Daraus erklärt sich der Grund, der in L. 1 § 3 D. de adquir. poss. (41, 2) für den Besitzerwerb angeführt wird: eam rem facti, *non iuris* esse.

i) Daher können sie Sponsalien eingehen; sie sind dieses Verhältnisses fähig, und die Beschränkung der Handlungsfähigkeit erstreckt sich nicht auf diese reinen Familienverhältnisse L. 14 D. de sponsal. (23, 1).

dieſe Unfähigkeit zu unerlaubten Handlungen ſelbſt enger begrenzt. Es iſt nicht ſchlechthin die Unmündigkeit, welche ſie begründet, wie bei den Rechtsgeſchäften, ſondern die damit natürlich verbundene Unfähigkeit eines auf das Unrecht gerichteten Willens. So wie ſich ergiebt, daß ein Unmündiger doli oder culpae capax iſt, was bei denen, die prope pubertatem (pubertati proximi) ſind, einzutreten pflegt, ſo iſt er auch für ſeine unerlaubten Handlungen wie ein Mündiger verantwortlich.[k]) So wie nun hier alles auf die factiſche Exiſtenz jenes Willens geſetzt iſt, ſo giebt es auch ein Rechtsgeſchäft, bei dem wegen ſeiner factiſchen Natur eine Modification der oben gegebenen Grundſätze eintritt. Der Beſitzerwerb nämlich ſetzt ſchlechterdings einen beharrlich auf die Sache gerichteten Willen voraus, der ohne Einſicht in den Werth der Dinge nicht anzunehmen iſt. Nun kann jemand über das Alter von ſieben Jahren hinaus ſein, ohne daß ſich ihm noch die ſelbſtändige Fähigkeit jenes Willens zuſchreiben läßt; ein ſolcher infantiae proximus wird für ſich allein und ohne fremden Einfluß und Belehrung nicht Beſitz erwerben können.[l])

Welche Perſonen ſind impuberes?[m]) Faſſen wir zunächſt die Punkte ins Auge, für die es bei beiden Geſchlechtern gleichmäßig von Intereſſe war, die Grenze der Pubertät zu beſtimmen, das Recht zu teſtiren und die Ehe, ſo war es hier weniger darum zu thun, die wirkliche Pubertät nicht zu verfehlen, als eine ſichere, jede Ungewißheit möglichſt beſeitigende Beſtimmung zu haben, überdieß eine ſolche, bei der man ſicher war, keinen wirklichen Pubes von der Fähigkeit zu jenen wichtigen Rechten auszuſchließen. Es wurde daher die Unmündigkeit bei Mannsperſonen bis zum vollendeten vierzehnten, bei Frauensperſonen bis zum vollendeten zwölften Jahr gerechnet,[n]) ohne Zweifel, weil dieß die frühſten unter den Zeitpunkten waren, an welchen die wirkliche Pubertät einzutreten pflegte. Etwas anders ſtellt ſich die Sache in Beziehung auf die Handlungsfähigkeit und die damit in Verbindung ſtehende Tutel. Es iſt eine Beſchränkung, unter welcher der Unmündige ſich befindet, aber eine für ihn in der Regel wohlthätige, und die ihn von keinem Rechtsgeſchäft, welches Intereſſe für ihn hat, ſchlechterdings ausſchließt, da er jedes mit der Autorität ſeines Tutors vornehmen kann; iſt er aber unter väterlicher Gewalt, und hat alſo keinen Tutor, ſo war die Handlungsfähigkeit nach älterem Recht nicht ſein, ſondern des durch ihn erwerbenden Vaters Intereſſe. Deßhalb konnte man ſich hier bewogen finden, den Zeitpunkt der vollkommenen Handlungsfähigkeit und der Befreiung von der Tutel nicht zu beſchleunigen, ihn vielmehr ſo zu beſtimmen, daß die Annahme der rechtlichen Pubertät bei factiſch noch unreifen Individuen vermieden wurde. Vielleicht ſchloß ſich das Recht urſprünglich an die Sitte an, welche die Grenze zwiſchen Unmündigkeit und Mündigkeit, Knaben- und Jünglingsalter, durch einen feierlichen Act, das Ablegen der Prätexta (Toga mit einem Purpurſaum) und Anlegen der toga virilis, bezeichnete, was gewöhnlich im Lauf des fünfzehnten Lebensjahrs, nach Umſtänden auch wohl ſpäter geſchah.*) Daher kommt auch in den Rechtsquellen der Aus-

---

k) L. 5 § 2 D. ad L. aquil. (9, 2) L. 4 § 26 D. de doli exc. (44, 4) L. 24 D. de furt. (47, 2) L. 111 pr. D. de R. I. (50, 17). Schon die zwölf Tafeln haben dieß anerkannt Gell. XI 18 Plin. hist. nat. 18, 3, wenn ſie auch in Beziehung auf die öffentliche Strafe einen Unterſchied zwiſchen Mündigen und Unmündigen machen.

l) L. 1 § 3 D. de adquir. poss. (41, 2), vgl. § 10 I. de inut. stip. (3, 19).

m) Vgl. vornehmlich Savigny Syſtem III § 109. 110.

n) Gai. II 113 L. 4 C. qui testam. (6, 22).

*) [Vgl. A. Pernice Labeo I S. 206 f. Marquardt Privatleben der Römer I 1879 S. 121 f.]

druck praetextatus für impubes, vesticeps für pubes vor.[o]) Auf der einen Seite war damit die Entscheidung über die Pubertät nicht unpassend zu einer Familiensache gemacht, auf der andern war für jeden Dritten, der mit einer Person Geschäfte zu schließen hatte, ihre Handlungsfähigkeit durch ihre Kleidung entschieden. Das erste indessen wurde später bedenklich gefunden, dem Tutor war damit bei der Entscheidung über die Endigung seines Amts allzuviel eingeräumt, ohne Zweifel kamen Fälle vor, wo Tutoren jenen Wechsel der Kleidung verzögerten, um sich länger in der Verwaltung der Güter zu erhalten und die Rechnungsablage hinauszuschieben. So kam man zu der Ansicht, daß die Entscheidung über die Pubertät, wenn ein Streit darüber entstehe, Sache des Gerichts und einer von diesem anzuordnenden körperlichen Untersuchung sei, nur mit der Beschränkung, daß die Pubertät nie vor dem vollendeten vierzehnten Jahr angenommen werden sollte. Diese Ansicht hielten noch in der dritten Periode die Sabinianer fest, die Proculianer dagegen gingen einen Schritt weiter, sie verwarfen die Bestimmung der Pubertät nach dem habitus corporis, als ein schwankendes und, so wie man einmal über die Entscheidung in der Familie hinausgegangen war, unschickliches Mittel, und setzten die Pubertät hier, wie bei Testament und Ehe, auf das zurückgelegte vierzehnte Jahr.[p]) Die Ansicht der Proculianer wurde die herrschende, und sie ist auch im justinianischen Recht recipirt. Alles dieß gilt übrigens nur von Mannspersonen. Bei Frauen hätte die Ablegung der Prätexta nicht entscheiden können, denn sie trugen sie bis zur Verheirathung, auch konnte niemanden einfallen, sie einer Untersuchung des habitus corporis zu unterwerfen. Aber die Mündigkeitsfrage kam im älteren Recht überhaupt bei ihnen in dieser Rücksicht nicht vor. Die Tutel über sie endigte sich nicht mit der Mündigkeit, denn sie waren ihr vermöge ihres Geschlechts unterworfen,[q]) und eben so absorbirte die Beschränkung, der ihre Handlungsfähigkeit des Geschlechts wegen unterlag (s. nachher), die wegen Unmündigkeit.[r]) Als später die Frauen in dieser Rücksicht den Männern gleichgestellt wurden, war jener Termin der Pubertät bei den letzteren längst entschieden, und für die Frauen wurde auch in Beziehung auf Handlungsfähigkeit und Tutel, wie bei Testament und Ehe, das zwölfte Lebensjahr als die Grenze der Unmündigkeit angenommen.

b) Frauenspersonen sind nach älterem Recht ohne Unterschied des Alters in der Handlungsfähigkeit beschränkt.[s]) Sie sind unfähig sich zu verpflichten und eine res mancipi zu veräußern, so wie das Patronatrecht, das sie haben, aufzugeben. Von manchen Handlungen sind sie überdieß (wie die Unmündigen) schon durch die Form derselben, abgesehen von ihrem Inhalt, ausgeschlossen: sie können keine legis actio vornehmen (daher keine in iure cessio), in keinem

---

o) L. 3 § 6 D. de lib. exhib. (43, 30) Gell. V 19.

p) Ulpian. XI 28 Gai. I 196 pr. I. quib. mod. tut. (1, 22).

q) Gai. I 145.

r) Jene ist allerdings der letzteren nicht ganz gleich, es giebt einige Handlungen, die eine Frau, aber nicht ein Unmündiger gültig vornehmen konnte (Note t), aber dieser kleine Unterschied wird durch den Umstand aufgewogen, daß Frauenspersonen jüngeren Alters überhaupt weniger in dem Fall sind, dergleichen Handlungen vorzunehmen.

s) Ulpian. XI 27 (cf. Schulting ad h. l.) Gai. I 192 Fragm. vat. § 1. 45 Cic. pro Caec. 25.

t) Ulpian stellt Impuberes und Mulieres einander gleich, nur mit Ausnahme der Veräußerung einer res nec mancipi, welche den letzteren ohne Autorität des Tutors möglich ist, wofern sie nur nicht in einer Form geschieht, welche ihnen versagt ist (Fragm. vat. l. c.).

legitimum iudicium (§ 159) auftreten, überhaupt kein civile negotium, d. h. kein Geschäft schließen, für welches das Jus civile eine ihm eigenthümliche Form festgesetzt hat.[t]) Aber auch ihnen ist in der Tutel die Möglichkeit eröffnet, alle diese Handlungen tutore auctore wirksam vorzunehmen. In der vierten Periode hat diese Beschränkung der Handlungsfähigkeit um des Geschlechts willen, mit der tutela mulierum, zuerst an Umfang verloren und endlich ganz aufgehört. Die Frauenspersonen sind noch im neuesten Recht, wie im älteren, von manchen rechtlichen Verhältnissen und Stellungen ausgeschlossen, diese Ausschließung ist aber keine bloße Beschränkung der Handlungsfähigkeit.

c) Die theilweise Handlungsunfähigkeit der Unmündigen und Frauen gründet sich auf den Mangel hinreichenden juristischen Verstandes, der bei diesen Personen vorausgesetzt wird. Derselbe Mangel kann auch unabhängig von Alter und Geschlecht eintreten, in der Regel aber wird es an einem sicheren Kennzeichen fehlen, welches einen die Handlungsfähigkeit beschränkenden Rechtssatz rechtfertigen könnte. Dieß hat eine Ausnahme. Personen, welche durch Verschwendung einen Mangel an Einsicht in die Bestimmung und den Werth der Güter darlegen, werden gleich Unmündigen behandelt. Doch setzt dieß voraus, daß sie von der Obrigkeit als prodigi erklärt werden, erst durch dieses Decret wird ihnen die Handlungsfähigkeit entzogen.[u]) Sie werden in Beziehung auf die Cura, der sie unterworfen sind, mit den Wahnsinnigen zusammengestellt; hinsichtlich der Handlungsfähigkeit werden sie den Impuberes gleich behandelt, nur daß ihnen, da sie keine Tutoren haben, die Möglichkeit mit Auctoritas zu handeln verschlossen ist. Der Prodigus kann an keinem Rechtsgeschäft des Jus civile Theil nehmen (die Ausübung des Commerciums ist ihm untersagt),[v]) sodann kann er sich nicht verpflichten,[w]) und nichts veräußern: er soll, da ihm bonis interdicitur, gewissermaßen wie ohne Vermögen behandelt werden.[x])

Die Beschränkung des Prodigus wird auch so ausgedrückt: interdicitur ei bonorum suorum administratio.[y]) Es giebt aber Personen, welche die Administration ihres Vermögens ebenfalls nicht haben, ohne daß sie ihnen ausdrücklich untersagt wäre, wo dieß vielmehr lediglich eine Folge davon ist, daß diese Administration einem Andern gegeben wird. So die puberes minores xxv annis, wenn sie Curatoren erhalten. Von diesen kann man nicht sagen, sie seien in ihrer Handlungsfähigkeit beschränkt,[z]) sie sind mit Curatoren so

---

u) Die Formel giebt Paulus III 4 a, 7 (vgl. Hänel var. script.): — Quando tibi relicta bona paterna avitaque nequitia tua disperdis, liberosque tuos ad egestatem perducis, ob eam rem tibi ea re commercioque interdico. Von diesen letzten Worten wird bald der Ausdruck: bonis („ea re") bald: commercio ei interdictum est, gebraucht.

v) Daher kein Testament errichten oder als Zeuge dabei auftreten Ulp. XX 13 Paul. III 4 a, 12. Diese Unfähigkeit ist geblieben, als späterhin jener erste Theil der Beschränkung mit den solennen Rechtsgeschäften, auf die er sich bezog, außer Anwendung kam.

w) L. 6 D. de V. O. (45, 1) L. 9 § 7 D. de reb. cred. (12, 1): — puto pupillo eum comparandum —. Die Möglichkeit, eine Erbschaft anzutreten, hat man bei ihm, ungeachtet der wesentlich damit zusammenhängenden Verpflichtung, angenommen L. 5 § 1 D. de adqu. her. (29, 2), ohne Zweifel, weil ihm sonst diese Erwerbsquelle (zum Nachtheil seiner Familie) gänzlich entzogen worden wäre, da bei ihm eine Ergänzung der Handlungsfähigkeit durch Auctoritas nicht möglich ist.

x) L. 10 pr. D. de cur. fur. (27, 10).

y) L. 1 pr. eod.

z) Der Gegensatz läßt sich so ausdrücken: der Prodigus erhält einen Curator, weil ihm die Administration untersagt ist, der Minderjährige verliert die Administration, weil er einen Curator erhalten hat.

handlungsfähig als ohne dieselben, durch ihre Stellung unter einen Curator wird ihnen die Fähigkeit zu keiner Handlung entzogen, nur die Entscheidung, ob eine Handlung, die unter die Administration gehört, vorgenommen werden soll, fällt dem Curator zu, und aus diesem Grund ist eine solche Handlung ohne den (vorhergehenden oder nachfolgenden) Consens des Curators ungültig.[aa]) Auch diese Ungültigkeit ist auf das Erforderniß der Rechtsgeschäfte, bei dem wir stehen: Richtung des Willens auf den Zweck derselben, zurückzuführen. In diesem Erforderniß liegt nämlich außer der Einsicht, von der bisher die Rede war, auch die Möglichkeit einer Disposition über den Gegenstand des Rechtsgeschäfts. Diese Dispositionsbefugniß nun ist geschmälert durch den Verlust der Administration, welchen die Bevormundung zur Folge hat.

3) Die Aeußerung des Willens, die bei Rechtsgeschäften wie bei allen juristischen Handlungen gefordert wird, besteht bei jenen ihrem Begriff gemäß wesentlich in einer Erklärung des Willens. Was sonst noch an äußerer Thätigkeit hinzukommt, z. B. die körperliche Einwirkung auf einen Gegenstand, ist entweder nur eine besondere Form der Erklärung (z. B. das Ergreifen der Sache bei der Mancipation), oder wenn es zugleich einen selbständigen Zweck hat (wie die Apprehension beim Besitzerwerb), so ist es doch nicht diese Seite der Handlung, wodurch sie ein Rechtsgeschäft ist. Die Art und Weise der Willenserklärung bildet die Form des Rechtsgeschäfts. Wenn keine besondere Form vorgeschrieben ist, so sind die Mittel der Erklärung willkürlich, nur müssen

---

aa) Daß Veräußerungen dahin gehören, ist unbestritten L. 3 C. de in integr. rest. min. (2, 21), wo der minor curatorem habens bei dieser Gelegenheit mit dem prodigus verglichen wird, beide haben nicht die Administration. Aus diesem Grund muß aber auch dasselbe gelten von Verpflichtungsgeschäften, die ja auch dem Prodigus nur deswegen entzogen sind, weil ihm die Administration untersagt ist. Der Unterschied ist nur, daß der Prodigus ihrer schlechtweg unfähig ist, der Minderjährige nicht, aber der mangelnde Consens des Curators bringt bei dem letzteren dasselbe Resultat der Ungültigkeit hervor. Da die Verpflichtung unter die Administration fällt, so ist sie an den Consens gebunden. Dieß wird durch folgende Entscheidungen unserer Quellen bestätigt: 1) der Consens ist nothwendig zum Antritt einer Erbschaft L. 26 C. de admin. tut. (5, 37), aus keinem andern Grund, als weil dieses Rechtsgeschäft zugleich ein verpflichtendes ist, und dieser Grund wird auch für die Unfähigkeit der Pupillen, eine Erbschaft ohne Autorität des Tutors anzutreten, angeführt L. 8 pr. D. de adquir. her. (29, 2); 2) zur Führung von Processen L. 2 C. qui legit. pers. (3, 6), aus demselben Grund; 3) promissio dotis L. 60. 61 D. de iure dot. (23, 3). Alles dessen ungeachtet haben mehrere Schriftsteller behauptet, der Minderjährige könne durch Vertrag sich gültig verpflichten ohne Consens seines Curators (Marezoll Zeitschr. für Civilr. u. Civilpr. II 12, Savigny von dem Schutz der Minderjährigen 1833 S. 32 ff. Zeitschr. für gesch. Rechtswiss. X S. 287 f. Rudorff Recht der Vormundschaft II S. 284 ff.). Diese Meinung gründet sich auf eine Stelle Modestin's L. 101 de V. O. (45, 1): puberes sine curatoribus suis possunt ex stipulatu obligari, die nur ihre Handlungsfähigkeit im Gegensatz gegen die impuberes bezeugt. Diese letzteren können ohne ihre Tutoren nicht obligirt werden, während die Minderjährigen in der That durch eine Stipulation ohne ihre Curatoren obligirt werden können, da der Consens nicht zur Stipulation selbst gehört, daher auch nachfolgen kann. Dieß wird klar, wenn wir den Satz negativ denken: non possunt, in welchem Fall er die falsche Behauptung enthalten würde: die Curatoren müßten bei der Stipulation zugegen sein. Ein Fall wird dieß erläutern: Eine minderjährige Frau will eine Dos bestellen: versprechen (Verpflichtung) oder geben (Veräußerung). Sie hat einen Curator, außerdem ist sie als Frau in Beziehung auf jene Geschäfte handlungsunfähig. Nun muß der Curator consentiren, aber dieß reicht nicht aus, der Tutor muß bei dem Geschäft auctor werden, die Gegenwart des Curators ist gleichgültig, sie kann aber auch die des Tutors nicht ersetzen. So entscheidet Paulus Fragm. vat. § 110: P. respondit, etiam post nuptias copulatas dotem promitti vel dari posse, sed non curatore praesente promitti debere, sed tutore auctore. Paulus setzt, wie Modestinus, den Consens des Curators, auf den es ihm hier nicht ankam, stillschweigend voraus. Wäre die Nothwendigkeit dieses Consenses nicht sonst außer Zweifel (s. die vorhin unter 3 cit. St.), so könnte man sie mit demselben Recht hier leugnen, wie man es bei der parallelen Stelle des Modestinus gethan hat.

sie dem Willen entsprechen und ihn erkennbar machen; unter dieser Voraussetzung kann die Erklärung entweder eine ausdrückliche sein, d. h. den Willen durch Worte oder andere Zeichen, welche als directe Gedankenäußerungen gelten, unmittelbar zu erkennen geben, oder eine stillschweigende, d. h. in Handlungen bestehen, die den fraglichen Willen voraussetzen, so daß derselbe sich daraus erschließen läßt.[bb]) Es kann aber auch eine bestimmte Form durch das Recht vorgeschrieben, und dadurch die Weise der Erklärung in so weit der Willkür der Handelnden entzogen sein, z. B. der Gebrauch von Worten oder sogar gewisser Worte, in denen der Wille erklärt werden muß, die Mitwirkung einer obrigkeitlichen Person, die Gegenwart von Zeugen u. s. f. Solche Rechtsgeschäfte werden solenne genannt. — Auch durch die Form können manche Personen ausgeschlossen sein, so sind es Stumme von den Handlungen, die mit Sprechen verbunden sind, Peregrinen von civilrechtlichen Formen.

So wenig der Wille ohne Erklärung zu einem Rechtsgeschäft hinreicht, eben so wenig eine Erklärung, welcher der Wille nicht entspricht. Der Widerspruch zwischen Willen und Erklärung kann absichtlich sein, so daß der Handelnde mit Bewußtsein etwas anderes will, etwas anderes erklärt, z. B. wenn er einer Schenkung, die er beabsichtigt, den Schein eines Verkaufs giebt. Eine solche Willenserklärung heißt eine simulirte, das simulirte Rechtsgeschäft hat keine Wirkung.[cc]) Dieselbe Folge hat aber auch eine willkürliche Mangelhaftigkeit der Erklärung, wenn sie denselben Grad erreicht, daß etwas anderes gesagt worden ist, als man gewollt hat; es ist ein Wille ohne Erklärung und eine Erklärung ohne Willen, weder das eine noch das andere ist ein Rechtsgeschäft.[dd]) Ist dagegen die Erklärung nur zweideutig (ambiguus sermo), so kommt es darauf an, ob sich ermitteln läßt, welche Bedeutung dem Willen entspricht; in diesem Fall ist der Wille wirklich erklärt,[ee]) im entgegengesetzten fehlt es an einem erkennbaren Willen, ohne den kein Rechtsgeschäft gedacht werden kann.

CCIII. Wir haben Willen und Entschluß auf der einen, und Aeußerung des Willens, die gleichsam den Körper des Rechtsgeschäfts bildet, auf der andern Seite unterschieden. Hier entsteht die Frage, ob beides unter verschiedene Personen vertheilt vorkommen kann, so daß ein anderer den Willen hat, der sich in dem Rechtsgeschäft verkörpern soll, also erwerben, veräußern, sich verpflichten, überhaupt über den Gegenstand des Rechtsgeschäfts disponiren will, ein Anderer aber diesen Willen ausführt, also die Handlung, in der jener Wille seine rechtliche Wirksamkeit erhält, vornimmt. Die Frage läßt sich von Seiten

---

bb) Nicht jede ausdrückliche Erklärung ist eine wörtliche, z. B. der mit dem Kopf Nickende bejaht ausdrücklich, und nicht jede wörtliche ist eine ausdrückliche, denn auch Worte können zu den bloß „concludenten Handlungen" (wie man die Mittel der stillschweigenden Erklärung nennt) gehören, s. z. B. L. 17 § 1 D. de adquir. her. (29, 2).

cc) Cod. IV 22 plus valere quod agitur, quam quod simulate concipitur. Ob das Motiv, welches der Simulation zu Grund liegt, ein tadelnswerthes ist (z. B. rechtswidrige Täuschung eines Andern) oder nicht, ist in jener Beziehung gleichgültig. Das letzte ist z. B. der Fall, wenn der äußere Schein eines gewissen Rechtsgeschäfts nur gewählt ist, um eine solennere Form für das wirklich beabsichtigte Geschäft zu haben. So bestand die Mancipationsform in einer imaginaria venditio (nummo uno), und in Nachahmung derselben pflegte man bei der Uebertragung (z. B. durch Schenkung) solcher Sachen, bei denen die Mancipation unzulässig war, z. B. Provincialgrundstücken, ebenfalls eine venditio nummo uno vorzunehmen, vgl. Lex agraria Z. 49.

dd) L. 3 D. de rebus dub. (34, 5): — qui aliud dicit quam vult, neque id dicit, quod vox significat, quia non vult, neque id, quod vult, quia id non loquitur.

ee) In ambiguo sermone non utrumque dicimus, sed id duntaxat, quod volumus — L. 3 cit.

des Ersten so ausdrücken: kann man durch einen Andern, einen Stellvertreter, handeln? von Seiten des Repräsentanten: kann man für einen Andern, in seinem Namen, handeln, und dadurch denselben Erfolg hervorbringen, wie wenn jener selbst gehandelt hätte?

Die Regel ist: wer durch eine Handlung in ein gewisses Rechtsverhältniß gesetzt werden soll, muß diese Handlung selbst vornehmen, Handlungen durch Stellvertreter sind unzulässig. Diese Regel ist eine natürliche, und unter einfachen Verhältnissen, so lange sie dem Verkehr nicht allzugroße Beschränkungen auferlegt, heilsam, da sie die Sicherheit des Rechts begünstigt. So weit es sich um übertragbare Rechtsverhältnisse handelt, schließt sie die Intervention einer andern Person nicht aus. Wenn ich auch z. B. nicht jemanden bevollmächtigen kann, daß er für mich von Titius eine Sache sich mancipiren lasse, so kann er doch selbst von Titius das Eigenthum erwerben, und mir sodann durch eine zweite Mancipation übertragen.

Die Regel hat aber sofort eine Modification durch den Satz erlitten, daß wir durch die Personen, die in unserer potestas, manus oder mancipium stehen, erwerben; die Natur dieser Gewalten bringt es mit sich, daß die Erwerbshandlungen des Unterworfenen, der keines eigenen Vermögens fähig ist, so beurtheilt werden, als wenn sie der Gewalthaber vorgenommen hätte.[a]) Also bleibt die Regel in ihrem vollen Umfang nur in Beziehung auf freie Repräsentanten stehen; für Erwerb sowohl: per extraneam personam (eine unserer Gewalt nicht unterworfene) nil adquiri,[b]) als für Verpflichtung.

Auch hier machte sich das Bedürfniß von Ausnahmen geltend. Mit der Ausdehnung des juristischen Geschäftsverkehrs der wohlhabenden Bürger über einen großen Theil der bekannten Welt, und den vermehrten Veranlassungen zeitiger Entfernung von dem Mittelpunkt ihrer Geschäfte konnte die alte Beschränkung nicht mehr festgehalten werden. Vor allem wurde die Zulassung von Stellvertretern im Proceß nothwendig, um auch dem Entfernten oder gegen Entfernte Klagen bei dem römischen Prätor möglich zu machen; dieß geschah theils durch den Umweg, daß der Stellvertreter die Rechte erwarb und die Verbindlichkeiten auf sich nahm, um sich dann mit seinem Auftraggeber auseinanderzusetzen, theils auch so, daß dieser direct durch die Proceßführung seines Repräsentanten berechtigt und verpflichtet wurde, also eine vollkommene Ausnahme von jener Regel eintrat (§ 156). Mit dieser Zulassung von Procuratoren und Cognitoren im Proceß hatte man auch die Möglichkeit gewonnen, Contracte durch Andere schließen zu lassen. Der Procurator wurde dadurch Gläubiger oder Schuldner, aber der Dominus erhielt von ihm die Forderung oder trat in die Schuld ein, indem der Procurator (als eigentlicher Gläubiger oder Schuldner) ihn zum cognitor oder procurator für eigene Rechnung (in rem suam) machte, nöthigenfalls behandelte ihn der Prätor ipso iure so, indem er ihm oder gegen ihn utiles actiones gab.[c]) So war der Grundsatz nicht gebrochen, daß der nur Gläubiger oder Schuldner wird, welcher den Contract geschlossen hat, dessen Beseitigung gerade bei den Obligationen sehr mißlich gewesen wäre,

---

a) Gai. II 86. Nur giebt es freilich Handlungen, von denen diese Unterworfenen schlechterdings ausgeschlossen sind. So können sie dem Gewalthaber nicht durch legis actio etwas erwerben, wem z. B. durch in iure cessio übertragen werden soll, der muß die Vindicationsworte sprechen, worin er sich das Recht zuschreibt (§ 161), was ein nothwendig Vermögensloser nicht thun kann, Gai. II 96.

b) Gai. II 95.

c) Näher wird von diesem Verhältniß bei den Obligationen gehandelt werden.

und doch war das Resultat, um das es sich handelte, Contracte für unsere Rechnung durch Andere abschließen zu lassen, praktisch erreicht.[d]) Auch Verpflichtungen des Gewalthabers durch die Unterworfenen anerkannte der Prätor in gewissen Fällen, der Erwerb dagegen von Forderungen folgt hier schon aus der Natur der Gewalt (s. oben).

Bei der Erwerbung anderer Vermögensrechte außer den Obligationen konnte man noch einen Schritt weiter gehen, man konnte einen directen Erwerb durch die Handlung des Procurators, ohne daß das Recht durch diesen hindurchgeht, also mit der ganzen Wirkung, wie wenn der Mandant die Erwerbshandlung vorgenommen hätte, und somit eine volle Ausnahme von der Regel: per extraneam personam nil adquiri, zulassen. Aber die Römer waren weit entfernt, die Regel, deren Vortheile sie nicht verkannten, ohne Noth aufzugeben oder durch eine unbeschränkte Zahl von Ausnahmen zu untergraben. Bei gewissen Erwerbsarten war ihnen eine Befreiung von der Regel ohnedieß undenkbar, wie bei der in iure cessio (legis actio); sie fanden eben so wenig Veranlassung, von ihr bei andern solennen Acten des Jus civile abzugehen. Dagegen lag es nahe, anzunehmen, daß man sich durch die Thätigkeit eines Andern in den Besitz setzen könne, da es ja von jeher ausgemacht war, daß man einen erworbenen Besitz durch Hülfe Anderer, die ihn für uns manuteniren, fortsetze. Nahm man aber die Möglichkeit des Besitzerwerbs durch freie Mittelspersonen an, so folgte daraus die des Eigenthums- und sonstigen Rechtserwerbs in allen den Fällen, wo dieser eine Folge des Besitzerwerbs (namentlich durch Tradition) ist, und damit hatte man in der That, mittelst dieser einzigen Ausnahme von der Regel, dem dringenden Bedürfniß einer Möglichkeit, durch Procuratoren Erwerbungen zu machen, entsprochen.[e]) Es dauerte indessen längere Zeit, bis diese Ausnahme allgemein angenommen wurde, indem es noch am Anfang der dritten Periode Juristen gab, die den directen Erwerb des Besitzes durch einen Procurator verwarfen, und eine doppelte Uebertragung: an den Procurator und von diesem an den Dominus forderten.[f]) Bezweifelten diese ja sogar den Besitzerwerb durch die Personen, die in unserer Manus oder Mancipium sind, und ließen ihn nur durch Sclaven zu, insofern der Herr sie besitzt, so daß lediglich der Besitz des Sclaven auch den Besitz durch ihn nach sich ziehen sollte.[g]) Sie mochten auch durch die Sclaven das Bedürfniß für hinlänglich gedeckt halten Es hat daher nichts auffallendes, wenn noch Gaius dieser Frage

---

d) Der Grundsatz wird ausgesprochen in L. 11 D. de O. et A. (44, 7): Quaecunque gerimus, cum ex nostro contractu originem trahunt, nisi ex nostra persona obligationis initium sumant (wenn wir nicht zunächst Gläubiger oder Schuldner durch den von uns geschlossenen Contract werden), inanem actum nostrum efficiunt, et ideo neque stipulari, neque emere vendere, contrahere (auf die Beschaffenheit des Contracts kommt nichts an), ut alter suo nomine (im Gegensatz zu einem procurator in rem suam) recte agat, possumus. Das recte hat vielleicht die Bedeutung von directe, und ist im Gegensatz zu den utiles actiones (s. vorhin) gesagt.

e) Auch die Möglichkeit einer vollkommen wirksamen Zahlung an den Procurator des Gläubigers hatte man damit erlangt. Anders bei der formellen solutio per aes et libram.

f) Die Lex agr. v. 68 vgl. v. 5 (Kap. 33 bei Rudorff Zeitschr. X S. 178, vgl. dazu die Verbesserung von Huschke in den krit. Jahrbb. für D Rechtswiss. 1841 S. 610) konnte die Uebergabe zugetheilter Grundstücke an Procuratoren zur Erleichterung des Geschäfts anordnen, ohne daß daraus eine allgemeine Anerkennung jeder Ausnahme folgt.

g) Gai. II 90: Per eas vero personas, quas in manu mancipiove habemus, proprietas quidem adquiritur nobis ex omnibus causis, sicut per eos, qui in potestate nostra sunt; an autem possessio adquiratur, quaeri solet, quia ipsas non possidemus.

als einer bestrittenen gedenkt.[h]) Doch war schon damals die Ausnahme als herrschende Ansicht zu betrachten, sie kommt bei Labeo (wenn auch nicht in ihrem wahren Gewand) vor, Javolenus bekräftigt sie,[i]) Neratius (unter Trajan) sagt: per procuratorem possessionem adipisci nos *iam fere convenit*,[k]) sie wurde durch die Principes bestätigt,[l]) und so gab es bald keinen Juristen mehr, der sie noch bezweifelt hätte. Die Theorie über den Erwerb durch freie Repräsentanten ist daher nun folgende: durch die Handlungen anderer unserer Gewalt nicht unterworfener Personen erwerben wir (direct) nichts außer dem Besitz.[m]) Denselben Satz drückt Modestinus durch die nur scheinbar allgemeineren Kategorien aus: der civile Erwerb kann nur durch unfreie, der naturale auch durch freie Repräsentanten geschehen; von allen naturales adquisitiones ist es nur die des Besitzes (Tradition, Occupation), wobei überall von Stellvertretern die Rede sein kann.[n])

Es ist bisher von der Vertretung in der Ausführung des Willens die Rede gewesen, der Wille des Erwerbers selbst wurde dabei immer vorausgesetzt.[o]) Bei gewissen Personen ist es aber zu einer Repräsentation gekommen, die sich auf den Willen erstreckt. So bei den juristischen, wovon schon oben die Rede war (§ 202 a. A.). Dasselbe ist angenommen bei den Bevormundeten. Diese Art der Vertretung liegt in der Administration, die dem Vormund übertragen ist, natürlich unabhängig von dem Willen des Mündels, dessen factische

---

h) Gai. II 95, eine Stelle, die allerdings lückenhaft ist, aus der aber (verglichen mit den Institutionen Justinian's) das im Text Bemerkte mit Entschiedenheit hervorgeht. [Gaius lautet jetzt so: et hoc est, quod vulgo dicitur per extraneam personam nobis adquiri non posse, tantum de possessione quaeritur, an per p(rocuratorem) nobis adquiratur.]

i) L. 51 D. de adqu. poss. (41, 2).

k) L. 41 D. de usurp. (41, 3).

l) Severus und Antoninus L. 1 C. de adqu. poss. (7, 32) beziehen sich darauf als auf einen unzweifelhaften Satz: tam ratione utilitatis quam iuris pridem receptum est (Savigny Recht des Besitzes S. 363).

m) Wörtlich sagen dieß Paul. V 3, 2 Diocletian. L. 1 C. per quas pers. (4, 27) § 5 I. per quas pers. (2, 9).

n) L. 53 D. de adqu. dom. (41, 1): Ea quae civiliter adquiruntur, per eos qui in potestate nostra sunt adquirimus, veluti stipulationem; quod naturaliter, sicuti est possessio, per quemlibet volentibus nobis possidere adquirimus. Es ergiebt sich schon aus der Ausdrucksweise, daß der Besitz nicht bloß ein Beispiel, sondern der einzige Fall war, was denn auch durch alle andern Quellen bestätigt wird. Das Beispiel für den ersten Satz dagegen: veluti stipulationem rührt ganz gewiß von den Compilatoren her, die es der von Modestin sicher erwähnten Mancipation substituirten, da von allen civilen Eigenthumserwerbsarten, die noch im justinianischen Recht gelten, keine paßte. Diese Verlegenheit ist dem Beispiel anzusehen, das zwar einen Fall des Erwerbs durch Unterworfene enthält, aber in diesem Zusammenhang ganz ungeschickt ist, denn erstens ist nicht einmal jede Stipulation iuris civilis, zweitens steht sie mit dem Gegensatz, der Possessio, gar nicht auf gleicher Linie. Savigny (System III § 113) will aus diesem Beispiel: velut stipulationem, für das justinianische Recht wenigstens, die Lehre ziehen, durch einen contractus iuris gentium, z. B. Kauf, den ein Procurator schließe, könne man direct Gläubiger werden (man müßte sagen auch durch Stipulation, wo sie iuris gentium ist); durch dieses fast unmerkliche Einschiebsel wären so ausführliche und bestimmte Stellen wie die in Note d und m enthaltenen für Antiquitäten erklärt. Ich halte dieß schon an sich für unwahrscheinlich, noch mehr aber bei der Beschaffenheit eben jenes Beispiels, das die Verlegenheit seines Urhebers an der Stirne trägt. [Vgl. jedoch in Betreff des Beispiels velut stipulationem für ex stipulatu obligationem L. 15 § 3 D. de castr. pec. (49, 17) L. 7 pr. D. de auct. tut. (26, 8) L. 18 pr. § 3 D. de stip. serv. (45, 3) L. 25 § 2 D. de usufr. (7, 1) Savigny Obl. Recht II S. 43 f. Uebrigens spricht die Stelle Note d nicht von Stellvertretung, sondern Erwerb einer Forderung für den Dritten, welcher auch ohne Stellvertretung unmöglich ist. R.]

o) Nur bei der Erwerbung von Rechten durch die Unterworfenen kommt es der Regel nach auf den Willen des Gewalthabers nicht an, weil sie aus der Natur der Gewalt selbst folgt.

Untüchtigkeit zu diesem Beruf eben die Veranlassung jener Maßregel ist. Der Vormund kann für den Mündel ohne dessen Willen erwerben und ihn verpflichten, das Amt des Vormundes und die darin liegende Vollmacht tritt an die Stelle des Auftrags. Diese Repräsentation ist aber in dieselben Grenzen eingeschlossen, wie die der freien Stellvertreter überhaupt, und sie hat sich wie diese nur allmählich entwickelt.

CCIV. Der Inhalt eines Rechtsgeschäfts wird zum Theil durch seine rechtliche Natur selbst gegeben; in so weit ist er von der Willkür der Handelnden unabhängig, eine Veränderung desselben würde zur Folge haben, daß das Geschäft entweder nichtig wäre, oder wenigstens in ein anderes überginge. Man nennt dieß die wesentlichen Bestandtheile eines Rechtsgeschäfts (essentialia negotii), ein solcher ist z. B. bei der Eigenthumsübertragung durch Tradition die Ueberlieferung des juristischen Besitzes, der Vorbehalt dieses durch den Tradenten und die Beschränkung des Empfängers auf den natürlichen Besitz würde dem Act jene Bedeutung nehmen. Neben diesen wesentlichen kann das Rechtsgeschäft aber solche Bestandtheile enthalten, die von dem Belieben der Handelnden abhängen, sie beruhen auf ihrem Willen und können fehlen, ohne daß der Charakter des Rechtsgeschäfts verändert wird. Dieser außerwesentliche Inhalt eines Rechtsgeschäfts ist von doppelter Art. Es giebt Bestimmungen, die bei gewissen Geschäften im allgemeinen und abgesehen von besonderen Umständen als billig und zweckmäßig erscheinen, so sehr, daß sie im Zweifel als Wille der Handelnden angenommen werden müssen, wenn auch die Möglichkeit des Gegentheils nicht ausgeschlossen wird. Sie hängen von dem Willen der Handelnden ab, und können daher beseitigt, aber sie brauchen nicht besonders festgesetzt zu werden, da man jenen auf sie gerichteten Willen vermuthet. Man hat sie die natürlichen Bestandtheile (naturalia negotii) genannt, ein solcher ist z. B. bei der Tradition in Folge eines Kaufs, daß das Eigenthum nicht übergeht, bis der Verkäufer wegen des Kaufpreises befriedigt ist. Alle andern Bestandtheile, die rein auf den wirklich erklärten Willen der Handelnden gestellt sind, so daß sie nicht einmal vermuthet werden, heißen zufällige (accidentalia negotii), ein solcher ist z. B. stets die Abänderung eines naturale.

Die Bestimmungen, die in einem Rechtsgeschäft gemacht werden, sind theils Haupt-, theils Nebenbestimmungen. Jene sind die, deren Inhalt der Zweck des Rechtsgeschäfts selbst ist, z. B. die Erklärung des Willens, Eigenthum zu erwerben, ein Recht zu übertragen, eine Forderung zu erhalten, eine Verbindlichkeit zu übernehmen. Nebenbestimmungen, die den Hauptinhalt modificiren, ihn zu beschränken, zu erweitern, zu sichern bestimmt sind. Das Wort condicio, Bedingung, begreift zuweilen alle diese Nebenbestimmungen,[a] ja auch wohl alle Festsetzungen, die bei einem Geschäft auf dem Willen der Handelnden beruhen.[b] In einem engeren Sinn heißen Bedingungen nur die Voraussetzungen eines Rechtsgeschäfts oder eines Bestandtheils desselben, von denen sein Dasein abhängig ist. Dadurch sind unter andern zwei Arten von Nebenbestimmungen von dem Begriff der Bedingungen ausgeschlossen: dies und modus. Ein dies oder Zeitbestimmung trifft nicht die Existenz, sondern nur die Wirksamkeit des Geschäfts, die dadurch beschränkt wird, indem sie entweder erst

---

a) Z. B. L. 10 § 1 D. de lege rhod. (14, 2).
b) Z. B. L. 1 sqq. D. de in diem add. (18, 2).

von einem gewissen Zeitpunkt an beginnen, oder mit demselben aufhören soll. So wenn jemand etwas versprochen hat auf einen gewissen Tag, in diem, besteht die Forderung schon jetzt, er ist schon Schuldner, aber er kann vor jenem Tage nicht belangt werden. Diesen Unterschied zwischen Existenz und Wirksamkeit bei Forderungen bezeichnen die Römer mit den Ausdrücken diem cedere und diem venire.[c]) So auch wenn jemand mit einem Endtermin, ad diem, verpflichtet werden soll, wird die obligatio durch das Erscheinen dieses Zeitpunkts eigentlich nicht aufgehoben, aber sie verliert ihre Wirksamkeit, der Schuldner wird gegen die spätere Klage geschützt.[d]) Eben so wenig berührt ein modus, Zweckbestimmung, die Existenz des Geschäfts; es ist die Nebenbestimmung, wodurch der Empfänger verpflichtet wird, das Empfangene zu einem gewissen Zweck anzuwenden.[e])

Voraussetzungen der Existenz eines Rechtsgeschäfts oder seines Inhalts können durch die rechtliche Natur desselben gegeben sein, iuris condiciones, condiciones quae tacite insunt, wie z. B. das Versprechen einer Dos die Schließung der Ehe voraussetzt, oder sie können in dem Willen der Handelnden ihren Ursprung haben, facti condiciones. Bloß die letzteren sind wahre Bedingungen.[f]) Nur das ist Bedingung, was die Handelnden als solche festgestellt haben.[g]) Eine solche Bedingung kann nun einen vergangenen, einen gegenwärtigen, oder einen künftigen Umstand voraussetzen.[h]) Aber eine wahre Bedingung muß die Existenz dessen, was davon abhängig gemacht wird, ins Unentschiedene stellen, dieß ist nur bei einem künftigen Umstand der Fall, bei einem vergangenen oder gegenwärtigen ist die Entscheidung schon eingetreten, wenn auch vielleicht noch unbekannt,[i]) aus demselben Grund muß der Umstand ein ungewisser sein.[k]) Aus allem diesem ergiebt sich folgender Begriff der wahren Bedingung: sie ist die Voraussetzung eines künftigen ungewissen Umstands, von welchem der Wille der Handelnden die Existenz des Rechtsgeschäfts oder seines Inhalts ganz oder theilweise abhängig macht.[l])

Der Umstand, der zur Bedingung gemacht ist, kann ein Geschehen oder Nichtgeschehen von etwas sein: die Bedingungen sind entweder positive oder negative. Ferner kann er ein rein zufälliges Ereigniß sein, sei es, daß er überhaupt nicht vom menschlichen Willen, oder wenigstens nicht von dem der Person, welcher die Bedingung gestellt ist, abhängt: ut quid obtingat oder non

---

c) L. 213 pr. D. de V. S. (50, 16): Cedere diem significat incipere deberi pecuniam, venire diem significat eum diem venisse, quo pecunia peti possit. Ubi pure quis stipulatus fuerit, et cessit et venit dies, ubi in diem, cessit dies sed nondum venit, ubi sub condicione, neque cessit neque venit dies pendente adhuc condicione.

d) L. 45 § 1 D. de O. et A. (44, 7) L. 56 § 4 D. de V. O. (45, 1).

e) L. 17 § 4 D. de condic. (35, 1): Quod si cui in hoc legatum sit, *ut ex eo aliquid faceret*, veluti monumentum testatori, vel ex eo, ut partem alii restitueret, sub modo legatum videtur.

f) L. 21. 99 D. eod. L. 68 D. de iure dot. (23, 3).

g) Wenn mir die nächste Ernte eines Grundstücks vermacht ist, so setzt dieses Vermächtniß voraus, daß Früchte entstehen (condicio *inest* legato), aber das Vermächtniß ist kein bedingtes L. 25 § 1 D. quando dies (36, 2).

h) L. 16 D. de iniusto test. (28, 3).

i) L. 37—39 D. de reb. cred. (12, 1).

k) L. 9 § 1 D. de novat. (46, 2): Qui sub condicione stipulatur, quae omnino extatura est, pure videtur stipulari.

l) Dieser Begriff paßt auch auf einen dies incertus, d. h. einen Zeitpunkt, von dem es ungewiß ist, ob er erscheinen werde, dieser ist aber auch in der That eine Bedingung, nur in der Form einer Zeitbestimmung ausgedrückt L. 75 D. de condic. (35, 1).

obtingat (Casualbedingung), oder er kann von dem Willen dieser Person abhängen: ut quid detur, ut quid fiat, oder ne detur, ne fiat. Hier kann wieder die Erfüllung der Bedingung rein auf den Willen dieser Person gestellt (Potestativbedingung), oder mit einem davon unabhängigen Ereigniß verknüpft sein (condicio mixta).[m]) Ob die Bedingung zur einen oder andern dieser beiden letzten Classen gehöre, kann von entscheidendem Einfluß auf die Beantwortung der Frage nach der Erfüllung sein; es entscheidet darüber die Absicht dessen, der die Bedingung gestellt hat.[n])

Die Existenz des Rechtsgeschäfts oder seines Inhalts kann auf doppelte Weise von einer Bedingung abhängig gemacht werden. Der erste Fall ist, daß der Anfang dieser Existenz von der Bedingung abhängig gemacht wird: negotium sub condicione contrahitur, das Geschäft ist ein bedingtes, z. B. condicionalis stipulatio, man hat dieß eine Suspensivbedingung genannt. Der zweite Fall ist, daß das Aufhören jener Existenz auf die Bedingung gestellt ist, das Geschäft ist hier pure errichtet, aber es soll unter der gemachten Voraussetzung aufgehoben sein, negotium sub condicione resolvitur, das Rechtsverhältniß ist in condicionem errichtet (Resolutivbedingung).[o]) So lange die Bedingung unentschieden ist, pendente condicione, ist im ersten Fall das davon abhängig gemachte Verhältniß nicht vorhanden, eine Forderung z. B., die unter einer (Suspensiv-) Bedingung gegeben ist, existirt nicht (neque cessit neque venit dies, Note c), im zweiten Fall dagegen existirt es, ein Kauf z. B., dem die (Resolutiv-) Bedingung beigefügt ist, daß er aufgehoben sein solle, wenn der Verkäufer einen besseren Käufer finden würde, besteht vollkommen während der Unentschiedenheit derselben. Die Entscheidung ist entweder Erfüllung der Bedingung (expleta condicio, condicio existit),[p]) oder Nichterfüllung (deficit condicio).[q]) Die Wirkung der Deficienz der Bedingung ist, daß in dem bisherigen Zustand keine Veränderung eintritt, außer daß die Ungewißheit beseitigt und auch die Erwartung einer Veränderung ausgeschlossen ist; durch die Nichterfüllung der Suspensivbedingung wird die Nichtexistenz des Verhältnisses, durch die der Resolutivbedingung sein dauerndes Dasein entschieden. Umgekehrt verändert die Existenz der Bedingung den bisherigen Zustand gänzlich: die der Suspensivbedingung bringt das Verhältniß, das bisher nicht existirte, ins Dasein, die der resolutiven vernichtet es, das bis dahin bestand. Es fragt

---

m) L. 11 § 1 L. 60 pr. D. de condic. (35, 1) L. un. § 7 C. de caduc. toll. (6, 51): Sin autem aliquid sub condicione relinquatur vel casuali vel potestativa vel mixta, quarum eventus ex fortuna vel ex honoratae personae voluntate vel ex utroque pendeat —.

n) Es ist z. B. dem Titius etwas vermacht, unter der Bedingung, daß er die Sempronia heirathet, oder daß er seinen Sclaven Stichus manumittirt. Er war bereit dazu, aber ehe es geschehen konnte, starb die andere Person. Ist die Bedingung eine rein potestative, so ist sie für erfüllt zu achten, nicht so, wenn sie eine vermischte ist. Jenachdem nun der Testator bloß den Willen des Titius, oder geradezu das Ereigniß, das durch jenen Willen nur vermittelt wird, im Auge hatte, wird die Entscheidung eine andere sein müssen, und solche verschiedene Entscheidungen kommen in unsern Quellen vor: L. 23 § 2 D. ad L. aquil. (9, 2) L. 54 § 2 D. de legat. I (30) L. 101 pr. D. de condic. (35, 1).

o) L. 3 D. de contr. emt. (18, 1) L. 2 D. de in diem add. (18, 2) u. a.

p) Negative Bedingungen sind erfüllt, wenn das, was nicht geschehen soll, nicht mehr geschehen kann, z. B. die Bedingung, wenn Titius innerhalb eines Jahrs etwas nicht thun wird, sowie das Jahr verstrichen, oder er schon vor dessen Ablauf gestorben ist, ohne daß er es gethan hat.

q) Positive Bestimmungen sind unerfüllt, wenn das, was geschehen sollte, in der bei der Stellung der Bedingung beabsichtigten Art nicht mehr geschehen kann, z. B. wenn es innerhalb einer gewissen Zeit geschehen sollte, sowie diese Zeit, ohne daß es geschah, verstrichen. So z. B. L. 29 D. de condic. (35, 1): Haec condicio: si in Capitolium ascenderit, sic recipienda est: si cum primum potuerit Capitolium ascendere.

sich aber: von welcher Zeit an wird diese Veränderung datirt? Das Einfachste scheint: von der Zeit der Erfüllung der Bedingung; dieß ist aber dem Wesen der Bedingung und der Absicht, die ihr zu Grunde liegt, nicht angemessen. Wenn etwas festgesetzt wird unter Voraussetzung eines künftigen ungewissen Umstands, so ist die Absicht: das Festgesetzte (sei es Sein oder Nichtsein, Entstehung oder Auflösung) soll jetzt gelten, nur freilich unter jener Voraussetzung, die wir als eine Bedingung hinzufügen, weil wir nicht allwissend sind. Wenn wir jemandem etwas geben unter einer Bedingung, so ist unsere Absicht, ihn jetzt zum Eigenthümer zu machen, eine Absicht, deren sofortige Wirkung nur durch die Ungewißheit des zur Bedingung gemachten Ereignisses ausgeschlossen ist; eben so, wenn wir ein Geschäft für aufgehoben erklären unter einer Bedingung: es soll schon jetzt nicht bestehen, nur ist dieser Erfolg ungewiß; der Eintritt dieser Resolutivbedingung stellt das bisherige Dasein des Geschäfts als ein bloßes Scheindasein dar. Daher ist die Wirkung der erfüllten Bedingung auf den Zeitpunkt der Festsetzung zurück zu beziehen, die Zwischenzeit der Ungewißheit ist nach der nun erlangten Gewißheit zu behandeln,[r]) man hat dafür den Ausdruck gebildet: condicio existens retrotrahitur ad initium negotii, und ähnliche.

Nicht bei allen Rechtsgeschäften sind Bedingungen oder Bedingungen aller Art zulässig. Es giebt Geschäfte, die ihre Wirkung sofort und entschieden haben müssen, wenn sie überhaupt wirksam sein sollen. So wie nun hier die Wirkung nicht durch einen dies hinausgeschoben werden kann, so kann sie auch nicht durch eine Bedingung ins Ungewisse gestellt werden.[s]) Manche Verhältnisse lassen eine willkürliche Beschränkung ihrer Dauer nicht zu, daher keinen Endtermin, aber auch nicht, daß durch eine Resolutivbedingung ihr Dasein wieder aufgehoben, das Geschehene rechtlich ungeschehen gemacht werde. Aber auch Bedingungen giebt es, die unstatthaft sind, es sind die, wodurch eine rechtswidrige oder unsittliche Handlung befördert, ein Nachtheil für den sie Unterlassenden, ein Vortheil für den sie Begehenden bestimmt werden soll.[t]) Diese unsittlichen Bedingungen heißen turpes condiciones. Schon die Beifügung einer solchen Bedingung ist eine Unsittlichkeit; wird ein Vertrag davon abhängig gemacht, so ist der Vertrag selbst ungültig.[u]) Anders stellt sich die Sache bei Testamenten, der welchem etwas darin unter einer rechtswidrigen oder unsittlichen Bedingung hinterlassen wird, hat nicht, wie bei dem Vertrag, an dieser unsittlichen Bestimmung Theil genommen, es wäre Unrecht, ihn für die schlechte Ge-

---

r) Für die Suspensivbedingung: L. 11 § 1 D. qui potior. (20, 4) L. 16 D. de solut. (46, 3) u. a., für die Resolutivbedingung: L. 4 § 3 D. de in diem add. (18, 2) L. 19 D. de usurp (41, 3) u. a. Es versteht sich ohnedieß, daß beide Arten von Bedingungen in Beziehung auf diesen Grundsatz gleichstehen. Nur schließt derselbe nicht aus, daß unter besonderen Umständen Convenienz und Rücksicht auf die Intention der Handelnden eine allzustrenge Durchführung des Princips verhindern, und in Beziehung auf einzelne Wirkungen, z. B. auf die in der Zwischenzeit bezogenen Früchte, eine mehr der Zeitbestimmung analoge Behandlung fordern können.

s) Papin. L. 77 D. de R. I. (50, 17): Actus legitimi, qui (non ist offenbar einzuschalten) recipiunt diem vel condicionem, veluti mancipatio, acceptilatio, hereditatis aditio, servi optio, datio tutoris, in totum vitiantur per temporis vel condicionis adiectionem. Nonnumquam tamen actus suprascripti tacite recipiunt, quae aperte comprehensa vitium adferunt, nam si acceptum feratur ei, qui sub condicione promisit, ita demum egisse aliquid acceptilatio intelligitur, si obligationis condicio extiterit, quae si verbis nominatim acceptilationis comprehendatur, nullius momenti faciet actum.

t) L. 14. 15 D. de cond. instit. (28, 7).

u) L. 123 D. de V. O. (45, 1).

sinnung des Testators zu bestrafen, daher bleibt die Hinterlassung gültig, und die Bedingung wird gestrichen oder erlassen.[v]) Ein anderer Begriff ist der einer unmöglichen Bedingung, d. h. einer solchen, deren Erfüllung ein unmögliches Ereigniß voraussetzen würde, sei es natürlich unmöglich, z. B. wenn zur Zeit des Vollmonds eine Sonnenfinsterniß eintreten wird, oder juristisch. z. B. wenn Titius den Marktplatz der Stadt verkaufen wird.[w]) Wer nun unter einer solchen condicio impossibilis etwas verabredet hat, der hat nichts verabredet; hat er die Unmöglichkeit gekannt, so kann man ihm gar nicht die ernstliche Absicht eines Rechtsgeschäfts zuschreiben, hat er sie nicht gekannt, so hat er wenigstens keine unbedingte Abschließung gewollt; das Geschäft gilt also nicht als bedingtes, weil es gewiß ist, daß die Bedingung nicht erfüllt werden wird, und nicht als unbedingtes, weil dieses nicht gewollt ist. Dieselbe Argumentation muß auch für testamentarische Dispositionen gelten, der Grund, welcher bei den unsittlichen Bedingungen eine andere Behandlung derselben bewirkte, tritt hier nicht auf gleiche Weise ein. Dieß behaupteten denn auch die Proculianer, die Sabinianer dagegen wollten diesen Fall wie den der rechtswidrigen und unsittlichen Bedingungen behandeln; Gaius selbst gesteht zu, daß diese Ansicht seiner Schule nicht hinlänglich begründet sei.[x]) Dessenungeachtet finden wir, daß die Meinung der Sabinianer später die Oberhand gewonnen hat, wie sie denn auch von Justinian recipirt worden ist.[y]) Sie ließ sich in der That folgendergestalt begründen. Bei Testamenten muß im Zweifel die der Wirksamkeit und Völligkeit der Disposition günstigere Auslegung angenommen werden, dem Testator bringt dieß keinen Nachtheil, bei dem entgegengesetzten Verfahren würde die Gefahr, seinen Willen zu verfehlen, näher liegen.[z]) In dem vorliegenden Fall hat er eine Disposition und eine ihr widersprechende Nebenbestimmung gemacht. Eines von beiden müssen wir als seinen Willen annehmen, die Disposition oder ihre Eludirung. Das erste ist der Gesinnung, die wir im allgemeinen bei einem Testator voraussetzen dürfen, gemäß, das zweite würde, wenn er die Unmöglichkeit nicht gekannt hätte, seinem Willen zuwider sein, nähme man aber Absicht an, so wäre die Bedingung als eine Verhöhnung, mithin als eine Unsittlichkeit zu erklären, dieß aber würde auf dasselbe Resultat führen.

Die Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts als solchen besteht in der Erreichung seines Zwecks, also in der Hervorbringung oder Aufhebung des Rechts, auf das es gerichtet ist. Sie wird vereitelt durch seine Ungültigkeit. Diese Ungültigkeit kann doppelter Art sein.

1) Der erste und einfachste Fall ist der, daß das Rechtsgeschäft schlechthin nicht existirt; es besteht vielleicht die äußerliche Thatsache, z. B. eine Willenserklärung, aber sie hat eben so wenig eine rechtliche Existenz, als wenn gar nichts geschehen wäre: es ist kein Rechtsgeschäft da, nullum est negotium, das Geschäft ist nichtig. Man nennt diese vollkommene Ungültigkeit Nichtigkeit,

---

v) L. 9. 14 D. de cond. inst. (28, 5) L. 112 § 3 D. de legat. I (30).

w) L. 137 § 6 D. de V. O. (45, 1): — ubi omnino condicio iure impleri non potest — nullius momenti fore stipulationem, proinde ac si ea condicio, quae natura impossibilis est, inserta esset. Nec ad rem pertinet, quod ius mutari potest, et id quod impossibile est, postea possibile fieri: non enim secundum futuri temporis ius, sed secundum praesentis aestimari debet stipulatio.

x) Gai. III 98.

y) Paul. III 4 b, 1 Ulpian. L. 3 D. de condic. (35, 1): *Obtinuit* impossibiles condiciones testamento adscriptas pro nullis habendas.

z) L. 12 D. de R. I. (50, 17) L. 23 D. de reb. dub. (34, 5).

Nullität.[aa]) Die Folge davon ist, daß das Recht nicht entsteht, das dadurch hervorgebracht, oder das Recht fortdauert, welches dadurch aufgehoben werden sollte.

2) Es giebt aber noch einen andern Fall: das Rechtsgeschäft ist wirkungslos, weil jemand das Recht hat, es als ungültig zu behandeln, es anzufechten. In jenem ersten Fall wird es durch einen Rechtssatz unmittelbar rescindirt, in diesem zweiten kann es von jemanden durch ein Rechtsmittel rescindirt werden. Man kann diese unvollkommene Ungültigkeit Rescissibilität oder Anfechtbarkeit nennen. Es ist z. B. jemand durch Drohungen vermocht worden, ein Rechtsgeschäft vorzunehmen, das Geschäft ist nicht nichtig, aber er kann es durch exceptio oder durch in integrum restitutio unwirksam machen. Das Rechtsgeschäft ist in diesem Fall an sich (ipso iure) gültig, es existirt, und hat seine Wirkung, z. B. Uebertragung des Eigenthums, Entstehung oder Aufhebung der Forderung (darum eben ist die Ungültigkeit eine unvollkommene zu nennen), seine Ungültigkeit hängt a) von der Existenz des Rechtsmittels ab, mit dem es anzufechten ist, und dieses kann möglicherweise wegfallen, wo dann das Rechtsgeschäft besteht, wie wenn ihm nie etwas entgegengestanden hätte,[bb]) b) von dem Willen des zur Anfechtung Berechtigten, davon Gebrauch zu machen.

Ein anderer Unterschied, der mit dem jetzt dargestellten nicht zusammenfällt, betrifft die Zeit der Ungültigkeit. Ein Rechtsgeschäft kann von Anfang ungültig sein, oder es nachher werden. Beides kann bei beiden Arten der Ungültigkeit eintreten. Ein Rechtsgeschäft ist von Anfang nichtig, wenn es z. B. von einem Wahnsinnigen vorgenommen ist, es wird nichtig, wenn ein wesentliches Erforderniß seines Bestehens (nicht bloß seiner Errichtung) nachher wegfällt, z. B. wenn der Eigenthümer eines Grundstücks für dieses eine Servitut sich versprechen läßt, die künftig bestellt werden soll, wird die Stipulation vernichtet, so wie er das Eigenthum verliert.[cc]) Es ist ferner von Anfang rescissibel, wenn der Grund seiner Anfechtung schon bei seiner Errichtung existirte, z. B. bei der Anfechtung seines Zwangs, aber auch ein nachfolgender Umstand kann es anfechtbar machen, z. B. eine Uebereinkunft über die Auflösung eines Rechtsgeschäfts, die aber nicht die Wirkung hat, dasselbe ipso iure aufzuheben.

b. Schenkungen.

CCV. Ein Rechtsgeschäft kann zum Inhalt eine Veräußerung haben. Im allgemeinsten Sinn ist darunter jedes absichtliche Ausscheiden eines Bestandtheils aus unserem Vermögen begriffen. Im engern Sinn wird der Ausdruck auf die Fälle beschränkt, in denen damit die Vermehrung eines fremden Vermögens verbunden ist: ein Bestandtheil tritt aus dem Vermögen des Einen mit dessen Willen heraus, und tritt zu dem des Andern hinzu (Veräußerung

---

aa) Die deutsche Ausdrucksweise kann die Vorstellung erwecken, es sei ein Rechtsgeschäft vorhanden, nur sei es nichtig. Dieses würde unrichtig sein, ein nichtiges ist kein Rechtsgeschäft.

bb) Auch wie weit seine Wirkungen aufgehoben werden, hängt von der Beschaffenheit des Rechtsmittels ab, z. B. ob wenn ich eine Eigenthumsübertragung anfechte, ich mit meinem Anspruch auf eine gewisse Person beschränkt bin, oder die hingegebene Sache jedem Andern, der sie besitzt, abfordern kann. In dem letzten Fall ist dann der Erfolg der Rescissibilität so vollständig, wie der Nullität, nur wird er auf andere Art herbeigeführt. In der Vollständigkeit des Erfolgs liegt also der wesentliche Unterschied beider Arten der Ungültigkeit keineswegs.

cc) L. 98 pr. D. de V. O. (45, 1).

a) Die neueste Darstellung dieser Lehre, in welcher ihre wahren Grundlagen festgesetzt und im Einzelnen durchgeführt sind, giebt Savigny System IV § 142—176.

an einen Andern). Am anschaulichsten geschieht dieß, wenn der Bestandtheil bei diesem Wechsel seine juristische Form vollkommen beibehält, so wenn das Eigenthum einer Sache von dem Einen auf den Andern übertragen wird, an diesen Fall pflegt man daher zunächst bei dem Wort Veräußerung, alienatio, zu denken (res mea wird aliena). Diesem am nächsten steht der Fall, wenn ein Bestandtheil des Eigenthums, z. B. eine Servitut bestellt oder umgekehrt von dem Berechtigten dem Eigenthümer zurückgegeben wird, obwohl hier schon dieser Bestandtheil bei dem Wechsel eine andere Rechtsform erhält; bei dem Eigenthümer ist er ein ununterschiedener Theil seines Eigenthums, bei dem Andern ein besonderes Recht, Servitut u. s. f. Aber auch die Fälle sind Veräußerungsfälle, wo jemand ein Recht zum Vortheil eines Andern aufgiebt, ohne daß dieser ein Recht auch nur gleicher Art, oder ohne daß er überall ein Recht erwirbt, z. B. Uebernahme einer Verbindlichkeit statt des Andern, Aufgeben einer Forderung gegen den Andern, wodurch dieser befreit wird. — Veräußerungsgeschäfte sind nicht bloß die, wodurch die Veräußerung unmittelbar ins Werk gesetzt wird, z. B. Uebertragung des Eigenthums, Bestellung des ius in re, Erlaß der Forderung, sondern auch die, welche sie begründen, daher die Verträge, wodurch sich jemand zur Veräußerung verpflichtet. Diese Verträge lassen sich übrigens nicht bloß als Vorbereitungen einer Veräußerung, sondern auch zugleich selbst als Veräußerungen auffassen; wenn ich mich gegen jemanden verpflichte, ihm meine Sache zu geben, so ist dieser Vertrag der Grund der künftigen Veräußerung, insofern wir darunter die Veräußerung des Eigenthums verstehen;[b]) sofern aber sein Vermögen durch die Forderung gegen mich schon vermehrt, und das meinige durch das Passivum, das ich übernommen, in der That schon vermindert ist (da das, was ich schulde, nur noch nominell zu meinem Vermögen gehört), enthält jener Vertrag selbst schon eine wirkliche Veräußerung.

Die Veräußerung kann nun in doppelter Art geschehen:

1) Der Veräußernde erhält ein Aequivalent gegen das, was er aufgiebt, der Werth seines Vermögens soll also nicht vermindert werden, wenn auch vielleicht unwillkürlich ein entgegengesetzter Erfolg eintritt, indem z. B. eine Sache um einen ihrem Werth nicht völlig entsprechenden Preis verkauft wird. Diese Veräußerungsgeschäfte, bei denen die Absicht auf specifische, aber nicht auf eine Werthveränderung des Vermögens geht, können Tauschgeschäfte im allgemeinen Sinn genannt werden.

2) Der Veräußernde soll kein Aequivalent erhalten, die Absicht ist also auf eine Veränderung des Vermögens auch dem Werth nach gerichtet, unentgeltliche Veräußerung. Unter diesen unentgeltlichen Veräußerungen ist die Schenkung, donatio, ausgezeichnet, indem für ein Geschäft, wenn es unter diesen Begriff fällt, besondere Bestimmungen gelten. Darum ist es von Interesse, den Begriff der Schenkung genau festzustellen.

Die Schenkung ist vor allem eine Veräußerung, dadurch sind von diesem Begriff die Zuwendungen des Vermögens oder eines Theils desselben, die sich auf dessen Schicksal nach dem Tod des Verfügenden beziehen, ausgeschlossen. Wer einen Erben ernennt, entfremdet sich sein Vermögen nicht, da er in dem Erben noch immer als Subject des Vermögens gedacht wird (§ 191, 7); das Vermächtniß kann in gewisser Rücksicht eine Schenkung genannt werden und

---

b) L. 67 pr. D. de V. S. (50, 16): Alienatum non proprie dicitur quod adhuc in dominio venditoris manet, venditum tamen recte dicetur.

wird es auch,[c]) aber der Testator mindert dadurch nicht sein Vermögen, wie er es hat, sondern die Erbschaft, ein künftiges Vermögen, als dessen Subject er künftig wird gedacht werden, aber jetzt nicht fungirt. Bei allen diesen Verfügungen ist der Geber (Testator) nicht das Subject der Güter, die er giebt, und der das Subject derselben ist (die juristische Person des Verstorbenen), giebt sie nicht. Darum ist das Testament keine Veräußerung, und folglich keine Schenkung. — Ferner ist das bloße Ablehnen eines Gewinns, einer Vermögensvermehrung, z. B. Ausschlag einer Erbschaft, eines Vermächtnisses, keine Veräußerung[d]), und darum auch keine Schenkung.[e])

Die Veräußerung muß eine unentgeltliche sein, eine reine Minderung des Vermögens. Diese Absicht heißt liberalitas.[f]) nur reicht dieser Ausdruck weit über die Schenkung, selbst über die Veräußerung hinaus, da er überhaupt einen in uneigennütziger Gesinnung, ohne Rücksicht auf den eigenen Vortheil vorgenommenen Act bedeutet.[g]) Dadurch ist zugleich jede Veräußerung ausgeschlossen, zu welcher jemand rechtlich verpflichtet war, denn durch die Zahlung einer Schuld wird das Vermögen nicht verändert: donari videtur, quod nullo iure cogente conceditur.[h]) Dagegen verträgt sich die Liberalität mit der Erfüllung der sittlichen Pflicht der Dankbarkeit; daher sind Schenkungen, deren Motiv Dankbarkeit ist (remuneratorische), wahre Schenkungen,[i]) d. h. der Geber kann dabei den animus donandi haben; hat er ihn freilich nicht wirklich gehabt, sondern die Gabe als Bezahlung für den geleisteten Dienst betrachtet, so ist es, weil er nicht rechtlich dazu verpflichtet war, zwar noch immer eine Liberalität, aber wegen des Mangels des animus donandi keine wahre Schenkung.[k])

Der Erfolg der Veräußerung muß die Bereicherung eines Andern (des Beschenkten) sein, in der Schenkung liegt ein Erwerb ex lucrativa causa.[l]) Jede Vereitelung dieses Erfolgs entzieht dem Geschäft den Charakter einer Schenkung.[m]) Dadurch werden Verleihungen ausgeschlossen, die überhaupt nicht als Vermehrungen eines Vermögens aufzufassen sind, wie z. B. die Manumission, die Verleihung der Civität (obwohl das Wort donare im nichtjuristischen Sinn darauf angewendet wird), ferner alle Vermögenserwerbungen gegen Aufopferung eines entsprechenden Werths. Dagegen verträgt sich die Schenkung

---

c) L. 36 D. de leg. II (31).

d) L. 6 § 2 D. quae in fraudem cred. (42, 8).

e) Insofern es mit der Absicht, einem Andern dadurch einen Vortheil zuzuwenden, geschieht, also hierin der Schenkung gleichsteht, kann es donatio genannt werden, aber eine eigentliche donatio ist es nicht L. 5 § 13. 14 D. de don. inter vir. (24, 1). In der That würde sonst auch die Ausschlagung eines Geschenks eine Schenkung sein können.

f) L. 1 pr. D. de donat. (39, 5): — propter nullam aliam causam quam ut liberalitatem et munificentiam exerceat —.

g) Z. B. L. 1 § 1. 2 D. de precar. (43, 26). — Auf dieses Erforderniß bezieht sich die Unfähigkeit der Administratoren fremder Güter, zu schenken. Sie beschränkt sich nicht auf Schenkungen, sondern gilt von jeder Liberalität L. 46 § 7 D. de administr. tut. (26, 7) L. 7 D. de donat. (39, 5) L. 28 § 2 D. de pact. (2, 14).

h) L. 82 D. de R. I. (50, 17).

i) L. 10 § 13 L. 12 D. mand. (17, 1).

k) L. 27 D. de donat. (39, 5). Ebenso wird auch behandelt eine Remuneration für eine Lebensrettung, wo nur die Inästimabilität des geleisteten Dienstes jene Intention einer Bezahlung ausschließt L. 34 § 1 D. eod. Paul. V 11, 6.

l) Nicht jede lucrativa causa ist eine Schenkung (sie kann z. B. auch Erbeinsetzung, Vermächtniß sein), aber jede Schenkung ist eine lucrativa causa.

m) Wer daher z. B. eine fremde Schuld bezahlt, macht dem Gläubiger kein Geschenk, dagegen kann es (unter Voraussetzung der übrigen Momente) ein Geschenk an den Schuldner sein.

mit der Auflage einer Zweckbestimmung, die donatio sub modo ist eine wahre Schenkung, nur kann durch die Erfüllung des Modus (wenn er von der Art ist, daß er das Vermögen afficirt) der Umfang der Bereicherung und somit der Betrag der Schenkung verringert werden.[n]) Der Erfolg der Bereicherung ist aber nicht hinreichend, es muß zugleich die Absicht des Gebers auf dieselbe gerichtet sein, diese Absicht ist der animus donandi. (Wer z. B. aus Irrthum ein indebitum zahlt, bereichert den Empfänger, aber schenkt nicht.[o])

In der Schenkung lassen sich zwei Elemente unterscheiden: ein objectives, der Erfolg einer reinen Vermögensminderung auf der einen, einer Bereicherung auf der andern Seite, und ein subjectives, der animus donandi. Dieser Wille darf aber, und dieß kommt als letztes Erforderniß zu den obigen hinzu, nicht bloß einseitig in dem Geber vorhanden sein, auch der Beschenkte muß, um dieses zu sein, mit diesem Willen übereinstimmen, er muß das ihm Gewordene als Schenkung empfangen, die Schenkung ist ein Vertrag.[p])

Wenn nun auf diese Art der Begriff der Schenkung eng begrenzt ist: auf eine unentgeltliche Veräußerung zur Bereicherung eines Andern in dieser von dem Bereicherten genehmigten Absicht, so hat sie auf der anderen Seite hinsichtlich der Modalität des Geschäfts, in welchem sie sich verkörpert, eine sehr weite Anwendung. Die mannigfaltigsten Rechtsgeschäfte können durch jenen Inhalt Schenkungen werden (s. den Anfang dieses §). Die beiden Hauptfälle sind:[q]) 1) Schenkung einer Sache, rerum donatio, d. i. sofortige Uebertragung des Eigenthums mit dem animus donandi; am nächsten steht diesem Fall die Bestellung eines ius in re; 2) Schenkung einer Forderung gegen den Schenker, Schenkung durch Versprechen, wodurch sich jemand donandi animo zu etwas verpflichtet. Man nennt dieß Schenkungsversprechen, (was nicht als ein Versprechen zu schenken verstanden werden darf:) die Schenkung geschieht durch das Versprechen selbst, die Erfüllung ist keine Schenkung mehr, da sie erzwungen werden kann. Natürlich wird, wie dort eine gültige Eigenthumsübertragung, so hier ein gültiges Versprechen vorausgesetzt, wodurch wirklich für den Beschenkten eine Forderung entsteht, also sein Vermögen vermehrt wird. Die Form dafür ist die Stipulation, (da aus einem bloßen Pactum

---

n) L. 18 pr. § 1. 2 D. de donat. (39, 5).

o) L. 53 D. de R. I. (50, 17): Cuius per errorem dati repetitio est, eius consulto dati donatio est.

p) L. 19 § 2 D. de donat. (39, 5): non potest liberalitas nolenti adquiri. Wenn ich z. B. den Gläubiger des Titius befriedige, so wird dieser befreit auch ohne sein Wissen, aber eine Schenkung ist es nie, ehe er es erfährt und meiner Absicht ihm zu schenken (ausdrücklich oder stillschweigend) zustimmt, die Schenkung acceptirt. Eben so kann ich jemand mit dem animus donandi zum Eigenthümer machen ohne sein Wissen (durch seinen Sclaven L. 10 D. de donat.), aber als Beschenkten kann ich ihn nicht betrachten, ohne daß er zustimmt. Ferner wenn ich ihm Geld als Geschenk gebe, er es als Zahlung einer Schuld empfängt, geht Eigenthum über, aber es ist keine Schenkung. Man hat gegen den ersten Fall eingewendet, das Verbot der Schenkungen unter Ehegatten, und die andern Beschränkungen der Schenkung würden dadurch ganz illusorisch werden, indem ihre Anwendung auf jenen Fall durch das bloße Nichtwissenlassen verhütet werden könnte (Savigny System IV S. 149). Dieß scheint nicht richtig. Denn die Wirksamkeit des Verbots (die Zurückforderung von dem Beschenkten) kann gar nicht eintreten, ohne daß z. B. die beschenkte Frau davon, wenigstens jetzt, Kenntniß erhält, und sie mag jetzt die Schenkung acceptiren oder nicht, wird sie die für sie bezahlten Gelder, so weit sie dadurch bereichert ist, zurückzahlen müssen, da die Schenkung in beiden Fällen ungültig ist, nur aus verschiedenen Gründen, dort wegen Verbots, hier wegen Mangels der Acceptation.

q) Sie werden auch hervorgehoben in L. 3 § 10 L. 32 § 1 D. de don. inter vir. (24, 1). In der ersten Stelle wird noch das Beispiel des Erlasses einer Forderung, als ein eben so nahe liegendes, hinzugefügt.

keine klagbare Forderung entspringt.) Antoninus Pius hat in dieser Hinsicht Schenkungen zwischen Eltern und Kindern begünstigt, es soll hier mit der Form nicht genau genommen werden, jede sichere Willenserklärung soll hinreichen, um dem animus donandi seine Wirkung zu geben.[r]) Justinian hat dieß auf alle Personen ausgedehnt, so daß also nun eine klagbare Forderung aus einem Pactum darum entsteht, weil es unter den Begriff einer Schenkung fällt.[s]) — Das Geschäft, wodurch die Schenkung geschieht, kann übrigens nicht bloß ein reines Schenkungsgeschäft sein, sondern auch noch daneben einen andern Inhalt haben, so kann z. B. die Schenkung mit einem Kauf sich verbinden, wenn donationis causa der Preis geringer oder höher als der Werth der Sache gestellt wird, es ist hier theilweise verkauft oder gekauft, theilweise geschenkt.[t])

Die Schenkung kann durch eine Bedingung auf den Tod des Schenkers gestellt werden, eine solche heißt mortis causa donatio. Das Gemeinschaftliche aller Fälle derselben ist, daß sie erst durch den Tod des Schenkers vollendet, und daß diese Perfection durch den früheren Tod des Beschenkten ausgeschlossen wird.[u]) Dieß hindert nicht, daß schon jetzt das Recht, welches den Gegenstand der Schenkung ausmacht, z. B. das Eigenthum auf den Beschenkten übertragen werde, es geschieht dieß widerruflich (jene Bedingung hat hier die Bedeutung einer Resolutivbedingung, im entgegengesetzten Fall die einer Suspensivbedingung).[v]) Aber eine schon jetzt unwiderruflich geschehene ist keine mortis causa donatio.[w]) Zu jenem gemeinschaftlichen Inhalt kann nun noch die freie Widerruflichkeit durch den Schenker hinzukommen, so daß die Schenkung nicht bloß durch den früheren Tod desselben, sondern auch durch seinen willkürlichen Widerruf vernichtet wird, ja dieser Vorbehalt der Willensänderung ist stillschweigend zu vermuthen.[x]) Ferner, was das Motiv der Schenkung anlangt, kann sie durch eine gegenwärtige oder unmittelbar bevorstehende Lebensgefahr oder auch nur durch den Gedanken an den Tod überhaupt veranlaßt, und im ersten Fall davon abhängig gemacht sein, daß der Schenker in jener Lebensgefahr den Tod findet.[y]) Diese Schenkung Todes halber nähert sich den letztwilligen Dispositionen, und ist in vielen Stücken ihnen gleichgestellt worden. Jede andere Schenkung, auf welche der Tod des Schenkers jenen Einfluß nicht hat, ist eine donatio inter vivos, sie ist eine vera et absoluta donatio entweder schon jetzt, oder (da auch sie möglicherweise von einer Bedingung abhängig gemacht werden kann) kann es wenigstens ohne Rücksicht auf den früheren oder späteren Tod des Schenkers werden.[z])

CCVI. Eine Veräußerung kann in ihrer Rechtsbeständigkeit dadurch beeinträchtigt sein, daß sie unter den Begriff der Schenkung fällt. Drei Fälle kommen vor:

1) sie ist ganz ungültig, wenn sie eine Schenkung unter Ehegatten ist; dieß bezieht sich nur auf donationes inter vivos, eine mortis causa donatio

---

r) Fragm. vat. 314 L. 4 C. Th. de don. (8, 12).

s) L. 35 § 5 C. de donat. (8, 53) § 2 I. de donat. (2, 7).

t) L. 5 § 5 D. de donat. inter vir. (24, 1).

u) L. 1. 32. 35 § 2 D. de mortis c. don. (39, 6): — et hoc est quare vulgo dicatur, se potius habere vult, quam eum cui donat, illum deinde potius, quam heredem suum.

v) L. 2. 29 D. eod.

w) L. 27 D. eod.

x) L. 16 D. eod.

y) L. 3—6. 35 § 4 D. eod.

z) L. 35 § 2 L. 42 § 1 D. eod.

unter Ehegatten ist nur Vorbereitung einer Schenkung, die Schenkung selbst wird erst dann vollendet, wenn die Parteien (durch den Tod des Schenkers) aufgehört haben, Ehegatten zu sein, also die Anwendbarkeit des Verbots wegfällt;[a])

2) sie ist ganz oder theilweise ungültig, wenn sie das gesetzliche Maß überschreitet, oder nicht in einer gewissen besonderen Form geschlossen ist, sofern sie nicht zu den von diesen Beschränkungen befreiten gehört; dieß bezieht sich ebenfalls nur auf Schenkungen inter vivos;[b])

3) sie kann aus andern Gründen widerrufen werden; auch dieß bezieht sich vornehmlich auf donationes inter vivos, da bei Schenkungen Todes halber regelmäßig ohnehin ein willkürlicher Widerruf stattfindet; ist aber dieser beschränkt, so kann auch bei ihnen jener exceptionelle Widerruf in Anwendung kommen.

Von diesen drei Einschränkungen kann das Verbot der Schenkungen unter Ehegatten, soweit es eine eigenthümliche Natur hat, erst im Zusammenhang mit dem Eherecht dargestellt werden, es ist daher hier nur von den beiden andern etwas näheres anzugeben. Zunächst von der dritten.

Eine gültige und unwiderrufliche Schenkung enthält an sich eine so vollständige und definitive Veräußerung als irgend ein anderes Veräußerungsgeschäft. Dennoch giebt es Fälle, wo der Umstand, daß die Veräußerung schenkungsweise geschah, dem Geber eine Zurückforderung gewährt.[c]) Altes Recht war es, daß Schenkungen des Patrons an den Freigelassenen während des Lebens beider frei widerrufen werden konnten,[d]) dasselbe galt ohne Zweifel auch von den Schenkungen des Vaters an seine (emancipirten) Kinder, zu denen er sich als parens manumissor in einem ähnlichen Verhältniß befindet.[e]) Andern Ascendenten wird dieses Recht abgesprochen.[f]) Diocletian beschränkte die Revocation der Väter auf den Fall, wenn sie ein pflichtwidriges Benehmen der Kinder gerichtlich erweisen würden,[g]) anderen Schenkern wurde das Recht, wegen Undanks des Beschenkten zu revociren, wiederholt versagt.[h]) Wenig später ist auch das Recht der Patrone auf den Fall der erweislichen Undankbarkeit beschränkt worden,[i]) Constantius und Constans haben noch einen zweiten hinzugefügt: wenn dem Patron nach der Schenkung Kinder geboren werden.[k]) Dieselben

---

a) L. 9 § 2 L. 10. 11 D. de don. inter vir. (24, 1).

b) S. noch unten bei der Wirkung der Lex Cincia.

c) Durch die Schenkung kann das Recht eines Dritten verletzt sein, z. B. die Ansprüche der Gläubiger, der Pflichttheil der Notherben, das Erbrecht des Patrons; daß diese Personen die sie verletzende Schenkung ganz oder theilweise umstoßen können, gehört nicht hieher.

d) Fragm. vat. 272 (Philipp.) 313 (Dioclet. im Jahre 296).

e) Es geht unter andern aus folgender Rechtsentwicklung hervor. Eine Schenkung des Vaters an die in potestate ist nichtig, weil er überhaupt kein Recht an sie übertragen kann, sie wurde auch durch seinen Tod ohne Willensänderung nicht gültig Fragm. vat. 294 (Papinian); die Schenkung an die Emancipirten dagegen wurde unwiderruflich durch den Tod. Als nun später die letztere dem willkürlichen Widerruf entzogen wurde, übertrug man die Convalescenz durch den Tod auf die erstere Dioclet. L. 18 pr. C. fam. erc. (3, 36). Iustinian. L. 25 C. de don. inter vir. et uxor. et a parentibus in liberos factis et de ratihabitione (5, 16).

f) L. 2. 3. 6 C. de revoc. donat. (8, 55).

g) Das Gesetz wird von Constantius und Constans in L. 2 C. Th. de revoc. don. (8, 13) erwähnt und wiederholt. (Fragm. vat. 279 Dioclet. im J. 286, setzt diesen Rechtssatz schon voraus.) So sehr aber widersprach diese Beschränkung der gemeinen Rechtsansicht, daß noch 426 Valentinian III sie von neuem einschärfen mußte L. 6 C. Th. eod. (L. 9 C. I. eod.)

h) Fragm. vat. 275.

i) Im justinianischen Recht ist dieß durch Interpolation der Constitution des Philippus (Note d) ausgedrückt L. 1 C. de revoc. don. (8, 55). Eine Verordnung Diocletian's von 296 (Fragm. vat. 313) enthält noch das alte Recht.

k) L. 3 C. Th. de revoc. don. (8, 13) v. 355 (L. 8 C. I. eod.)

Kaiser, indem sie Diocletian's Gesetz vom Vater (Note g) erneuern, haben der Mutter 349 das Recht gegeben, wegen Impietät der Kinder die an sie gemachten Schenkungen zur Hälfte zurückzunehmen, was sie 358 auf das Ganze erstreckten.[l]) Justinian endlich dehnte die Revocation wegen Undanks auf alle Schenkungen aus, reducirte sie aber zugleich auf bestimmte Gründe, die allein zur Begründung des Widerrufs tauglich sein sollen.[m])

Wichtiger ist die Aufstellung eines Maßes, dessen Ueberschreitung, und einer besonderen Form, deren Vernachlässigung die Schenkung unwirksam machen kann. Diese Einschränkung hat ihren ersten Ursprung in der Lex Cincia v. J. 550, von dem Volkstribun M. Cincius Alimentus gegeben.[n]) Ein Theil ihres Inhalts ist an einem andern Ort vorgekommen (§ 155), hieher gehören ihre Bestimmungen über die Schenkungen.[o]) Dieser Inhalt des Gesetzes war zur Zeit der classischen Juristen wenigstens zum Theil noch gültig.[p]) Von manchen Punkten des damaligen Rechts ist es nicht völlig gewiß, ob sie auf Bestimmungen des Gesetzes selbst oder auf Ergänzungen durch andere Rechtsquellen beruhen. Die folgende Untersuchung wird dieß näher darlegen.

Es bestand ein altes Gesetz, welches Schenkungen über ein gewisses, uns unbekanntes Maß verbot.[q]) Daß dieses die Lex Cincia sei, war schon nach unseren früheren Quellen höchst wahrscheinlich, durch die vaticanischen Fragmente ist es unzweifelhaft gemacht.[r])

Ferner ist für Schenkungen eine gewisse Form vorgeschrieben. Sie sollen durch Uebertragung des Eigenthums und des Besitzes geschehen, und in letzterer Hinsicht überdieß mit dem Erfolg, daß der Beschenkte in diesem Besitz geschützt zu werden fordern kann. Erst dann ist die donatio perfecta, außerdem imperfecta.[s]) Dieß stellt sich bei den verschiedenen Arten von Sachen so: bei Grund-

---

l) L. 1. 4 C. Th. eod. Unter diesen Umständen ist es wohl nicht zulässig, dieses Revocationsrecht der Mutter als altes Recht zu betrachten; es ist nothwendig, in der Stelle Papinian's L. 31 § 1 D. de donat. (39, 5) den letzten Satz als Interpolation zu nehmen, und das hat um so weniger gegen sich, als er in der That der vorausgehenden Gedankenreihe widerspricht.

m) L. 10 D. de revoc. don. (8, 55).

n) Cic. Cato 4.

o) Von den Untersuchungen über diesen Inhalt des Gesetzes aus den früher schon bekannten Quellen ist hervorzuheben: Savigny über die lex cincia de donis et muneribus, und deren spätere Umbildungen, Zeitschrift IV 1. Seit dieser Zeit ist in den zwei Titeln der vatikanischen Fragmente über Schenkungen eine neue reichhaltige Quelle hinzugekommen. Diese hat besonders in den ersten Jahren nach ihrer Herausgabe mehrfache Bearbeitungen unserer Lehre veranlaßt: von Rudorff (de lege cincia 1825) Wenck (Vorrede zu Haubold opusc. acad. I p. XXXVII sqq. 1825) Francke (Civil. Abhandl. 1826 S. 1 ff.) Klinkhamer (de donationibus 1826) Hasse (Rhein. Museum I S. 185 ff. 1827, III S. 174 ff.) Unterholzner (Rhein. Museum III S. 153 ff.) Bruns: quid conferant vat. fragm. ad melius cogn. ius rom. (1838) p. 112 sqq. Vgl. noch Savigny System IV § 165.

p) Paulus schrieb einen liber singularis ad L. cinciam L. 29 D. de legib. (1, 3), und die größeren Werke scheinen einen Theil der Schenkungslehre stets an dieses Gesetz angeknüpft zu haben, woher es kommt, daß die vatikanischen Fragmente einen Titel mit dieser Ueberschrift geben: de donationibus ad legem cinciam. Paulus handelte in seinem Edictscommentar im 71 Buch davon: ad cinciam Fragm. vat. 298, bei den Exceptionen.

q) Ulpian's Fragmente enthalten die lückenhafte Stelle: prohibet, exceptis quibusdam cognatis et si plus donatum sit, non rescindit. Minus quam perfecta lex est quae etc. Ob L. 21 § 1 D. de donat. (39, 5): — supra legis modum tibi promisit — L. 24 eod.: — qui donationis causa supra modum legis promisit — u. a. dafür angeführt werden können, steht dahin; wahrscheinlich sind diese Ausdrücke interpolirt, s. unten.

r) Vornehmlich durch § 304: excipit tutorem, qui tutelam gerit, si dare volet, qui tutores quasi parentes proprii pupillorum sunt, *nam permisit eis (in) infinitum donare.* Contra ut possit pupillus donare, non excepit.

s) Fragm. vat. 310—313. Daher wird § 283 in einem Rescript Diocletian's die Schen-

stücken, die mancipi sind, ist Mancipatio und Traditio erforderlich,[t]) bei solchen, die nicht mancipi sind (Provincialgrundstücke: praedia tributaria, stipendiaria), bloß Tradition;[u]) bei beweglichen Sachen nach demselben Unterschied Mancipation und Tradition oder bloß die letztere, hier aber reicht dieß nicht aus: der Beschenkte muß auch die Sache den größeren Theil eines Jahrs besessen haben, weil er erst dadurch den Schutz in dem Besitz durch das interdictum utrubi (s. unten § 225) gewinnt; erst dann ist die Schenkung perfect.[v]) Die Mancipation kann durch Usucapion ersetzt werden.[w]) Durch diese Vorschriften ist ausgeschlossen die Schenkung durch irgend ein anderes Rechtsgeschäft: durch Stipulation,[x]) durch einen Erlaßvertrag,[y]) Bestellung eines Ususfructus[z]) u. s. f. Auch für diese Anordnung einer Form ist zu behaupten, daß sie schon in der Lex Cincia gemacht worden ist, es geht aus mehreren Stellen mit Sicherheit hervor.[aa])

Von diesen beiden Vorschriften sind aber in der Lex Cincia eine Anzahl von Personen ausgenommen: personae exceptae legis cinciae, welche frei schenken und nehmen können. Ausgenommen sind unter sich Cognaten bis zum fünften Grad und vom sechsten sobrinus und sobrina, und die durch Potestas, Manus, Mancipium, oder Ehe mit einem solchen Verwandten verbunden sind, von den Affinen privignus, privigna, noverca, vitricus, socer, socrus, gener, nurus, vir et uxor (soweit nicht die Schenkung um der Ehe willen unter ihnen verboten ist, namentlich also wenn sie divortii causa geschieht), sponsus et sponsa. Ferner sind Schenkungen des Freigelassenen an den Patron (und nach der Ansicht mancher römischer Juristen auch an die Kinder des Patrons), des Tutors an den Pupillen ausgenommen, und an eine Cognatin ohne Beschränkung des Grads, wenn die Schenkung den Zweck der Dotation hat.[bb]) Jene Vorschriften gelten also nur von den personae non exceptae, die exceptae können eine Schenkung über das gesetzliche Maß erhalten, und die Schenkung wird bei ihnen perfect nach den allgemeinen Grundsätzen, nicht erst durch die Beobachtung jener Formen, also durch Eigenthumsübertragung, wenn unmit-

---

kung für ungültig erklärt, wenn die Sache so tradirt worden sei, daß sie nach dem Tod des Empfängers an den Geber zurückkehre; denn hier sei kein Eigenthum übertragen, da dieses nicht ad tempus gegeben werden könne. Es fehlte also eines jener Erfordernisse. Im justinianischen Codex (L. 2 C. de don. sub modo 8, 54) ist daher das Rescript total verändert. — In L. 42 pr. D. de mortis c. don. (39, 6) wird ein ähnlicher Fall anders entschieden, aber dort war nicht ad tempus, sondern unwiderruflich, nur mit Fiducia, geschenkt, auch ist der Beschenkte ein cognatus, also eine persona excepta. [Vgl. Keller in der Zeitschr. für gesch. R. W. XII 12.]

t) Fragm. vat. 313.

u) Fragm. vat. 293. 313.

v) Fragm. vat. 293. 311.

w) Fragm. vat. 293.

x) Fragm. vat. 310. 311.

y) L. 1 § 1 D. quib. mod. pignus (20, 6).

z) Fragm. vat. 283 a. E. Im just. Cod. (Note s) ist dieser Satz ganz weggelassen. — Durch die Beschränkung der donatio auf Eigenthumsübertragung (abgesehen von den ausgenommenen Personen) erklärt sich, wie die justinianischen Institutionen durch Nachahmung eines früheren Musters (denn erfunden haben ihre Verfasser das schwerlich) darauf kommen konnten, den Titel von der Schenkung zu den Eigenthumserwerbsarten zu stellen.

aa) Fragm. vat. 310 wird gesagt, die Schenkung ohne jene Formen sei bei exceptae personae gültig, weil hier die exceptio legis cinciae nicht entgegenstehe. § 259: die ohne die gesetzliche Form gemachte Schenkung werde durch den Tod des Schenkers ohne Willensänderung wirksam, weil morte cincia removetur. In beiden Stellen also wird die Ungültigkeit wegen des Formmangels der Lex Cincia zugeschrieben.

bb) Fragm. vat. 298—309.

telbar eine Sache geschenkt werden soll, Bestellung einer Servitut, Stipulation, Erlaß u. s. f.[cc]) Das Gesetz enthält eben so wohl eine Bestätigung der Schenkungen an die exceptae, als ein Verbot an die non exceptae personae.

Das Gesetz bezieht sich nur auf wahre Schenkungen.[dd]) Hier aber ist es, auch wenn das von ihm festgesetzte Maß klein war, sehr gemildert durch die Befreiung jener Personen, bei denen es im allgemeinen und von besonderen Umständen abgesehen allein ein wirkliches Bedürfniß war, Schenkungen von einigem Belang zuzulassen. Eine noch bedeutendere Milderung aber lag in der Wirkung des Gesetzes.

Die Cincia war eine lex imperfecta, sie hatte weder die Nichtigkeit der contra legem gemachten Schenkungen, noch eine Strafe auf die Annahme festgesetzt.*) Aber dem Schenker wurde, wenn eine Schenkung contra legem gegen ihn geltend gemacht ward, sei es eine übermäßige oder eine nicht in jener Form gemachte, gegen die Klage (in rem actio, wenn die Schenkung z. B. durch Mancipation geschehen war, in personam actio bei einer Schenkung durch Stipulation) eine exceptio gegeben, die entweder in ius gefaßt ist: exceptio legis cinciae, oder in factum: si non donationis causa mancipavi vel promisi me daturum.[ee]) Die Proculianer gingen noch weiter, auch jeder Dritte, meinten sie, gegen den eine Klage auf eine solche Schenkung gegründet würde, könne die Exceptio vorschützen, das heißt, sie wollten diese Wirkung so viel als möglich der einer lex perfecta nähern.[ff]) Es war derselbe auf möglichst strenge Handhabung des Gesetzes gerichtete Sinn, der auch Labeo die Ausnahmen ganz wörtlich interpretiren ließ.[gg]) Jene Einrede wird ferner als replicatio gegeben, wenn der Beschenkte durch die Schenkung eine Exceptio gegen eine Klage des Schenkers erhalten hat.[hh]) Ist aber durch die Schenkung eine Klage ipso iure verloren gegangen, der Beklagte also nicht bloß ope exceptionis davon befreit (in welchem Fall eine replicatio keine Anwendung findet, da sie eine exceptio voraussetzt), so wird dem Schenker die verlorene Klage restituirt, ihm

---

cc) S. die Stellen Note s bis x. [Daß die Promission der Eigenthumsübertragung hier zur Perfection der Schenkung ausreicht, beruht darauf, daß sich der Beschenkte mit der Actio, die ihm die Promissio, mit der Vindication, die ihm die Datio zu Wege gebracht hat, die Possessio beliebig selbst verschaffen kann. Die Vindication einer non excepta persona hingegen ist durch die exceptio legis cinciae gehemmt. Will man also einer solchen wirksam schenken, so muß man nächst der Promissio oder Datio ihr auch noch zum Besitz verhelfen; ja dieser Besitz muß (wie beim Kauf L. 11 § 13 D. de A. E. V. 19, 1) ein völlig fehlerloser sein, sonst würde er ihr durch Interdicte wieder entzogen werden können, und sie wäre dann auf ihre Vindicatio oder Actio beschränkt, deren Erfolg eben durch die Lex Cincia gehemmt ist. Zeitschrift für gesch. Rechtswiss. XIII S. 191 Note 20. R.]

dd) Daher eine Schenkung an den Lebensretter nicht darunter fällt, s. § 205 Note k, ferner nicht der Erlaß eines Pfandrechts, Note y des gegenwärtigen.

*) [Vgl. Karlowa Civilproceß S. 348 f.]

ee) Fragm. vat. 310. 266 L. 5 § 2 D. de doli except. (44, 4). Vgl. oben § 170 Note g.

ff) Fragm. vat. 266 (Ulpian.): — nam semper exceptione cinciae uti potuit non solum ipse, verum, ut Proculiani contra tabulas (so die Handschrift nach Mai, Hollweg hat nach Rudorff sabinianos in den Text aufgenommen) putant, etiam quivis, quasi popularis sit haec exceptio. Ulpian billigt diese Meinung keineswegs, er bedient sich ihrer nur, um die Richtigkeit seiner Ansicht zu bestärken. Auch nicht alle Proculianer theilen sie L. 21 § 1 D. de don. (39, 5).

gg) Fragm. vat. 306.

hh) Z. B. Tradition einer res mancipi, der Tradent hat noch das Eigenthum ex iure quiritium, und die Vindication, aber der Empfänger würde als bonitarischer Eigenthümer gegen ihn geschützt werden (§ 236 bei Note u), wenn nicht diese exceptio durch die replicatio legis cinciae elidirt würde Fragm. vat. 259.

als rescissoria actio gegeben.[ii]) Endlich hat der Schenker wegen dessen, was durch die donatio contra legem cinciam in das Vermögen des Beschenkten gekommen ist, die condictio.[kk])

Es ist also lediglich in den Willen des Schenkers gelegt, ob die Lex Cincia in Anwendung kommen soll oder nicht, und der wahre Ausdruck ihres Inhalts ist folgender: Schenkungen, die das gesetzliche Maß überschreiten oder nicht in der vorgeschriebenen Form gemacht sind, können, (vorausgesetzt daß der Beschenkte nicht eine persona excepta ist,) von dem Schenker jederzeit widerrufen werden. Die Lex Cincia hindert ihn an keiner Schenkung, wenn sein Wille beharrlich darauf gerichtet ist, sie schiebt nur den Zeitpunkt der Perfection der Schenkung hinaus. So lange also der Schenker noch seinen Willen ändern kann, ist die Schenkung contra legem nicht perfect, darin liegt denn aber zugleich nothwendig, daß die Schenkung durch den Tod des Schenkers ohne Widerruf dem Einfluß der Lex Cincia entnommen wird: morte cincia removetur.[ll]) Auch die Erben des Schenkers können jene Rechtsmittel haben, mit denen die Schenkung angefochten wird, aber sie sind unwirksam, wenn der Schenker ohne Willenserklärung gestorben ist, der Beschenkte hat hier gegen ihre Zurückforderung die doli exceptio, gegen ihre exceptio oder replicatio legis cinciae die replicatio oder duplicatio doli. Nachdem solchergestalt die Wirkung des Gesetzes bestimmt ist, kann die Frage beantwortet werden, ob es sich auch auf mortis causa donationes erstreckt? Hier ist es nun von selbst klar, daß eine Anwendung auf diese in den allermeisten Fällen undenkbar war, denn diese Anwendung hätte jenen Schenkungen keinen größeren Grad von Widerruflichkeit geben können, als sie schon an sich haben. Höchstens also hätten die Schenkungen Todes halber, wobei der Schenker auf willkürlichen Widerruf verzichtet hat, unter das Gesetz fallen können. Aber es ist überhaupt nicht wahrscheinlich, daß man in ein Gesetz, welches die Perfection gewisser Schenkungen durch einen singulären Rechtssatz bis zum Tod des Schenkers hinaussetzt, die Schenkungen sollte hereingezogen haben, die ihrer Natur nach vorher imperfect sind, denen also die Perfection nicht erst zu entziehen war.[mm])

Ein zweifelhafter Punkt ist das Verhältniß jener beiden Vorschriften, des Maßes und der Form. Die Frage ist: für welche Schenkungen (versteht sich: unter personae non exceptae) ist die Form vorgeschrieben? bloß für die das gesetzliche Maß übersteigenden, oder umgekehrt bloß für die kleineren? Beiden Ansichten scheint entgegenzustehen, daß in keiner der Stellen, die der Form der Lex Cincia Erwähnung thun, ein solcher Unterschied gemacht, oder irgendwie vorausgesetzt wird; dieß spricht besonders gegen die erste, welche die kleineren Schenkungen den Einflüssen des Gesetzes ganz entnehmen will. Durch die bisherige Entwickelung des Inhalts der Lex werden wir auf folgende Gestalt der Sache geführt. Das Gesetz hat zwei Gründe neben einander aufgestellt, aus denen eine Schenkung unter nicht ausgenommenen Personen imperfect und widerruflich sein kann: die Größe der Schenkung und der Mangel der Form.

---

ii) Z. B. Befreiung des Schuldners durch Acceptilation, oder durch Novation zu Gunsten eines Andern L. 21 § 1 D. de don. (39, 5).

kk) Fragm. vat. 266 L. 21 § 1 D. de don. (39, 5) L. 5 § 5 D. de doli exc. (44, 4).

ll) Fragm. vat. 259. 266. 294.

mm) Für die mortis causa donationes bestand ein anderes beschränkendes Gesetz, die Lex Furia: qua exceptis personis quibusdam ceteris plus mille assibus legatorum nomine *mortisve causa capere* permissum non est Gai. II 225. Eben so sind sie später der Lex Falcidia unterworfen worden.

Das Natürlichste ist nun offenbar anzunehmen, daß jeder dieser Gründe für sich hinreicht, dem Schenker die Willensänderung zu gestatten. Nun sind vier Fälle möglich: 1) eine kleinere Schenkung ist ohne die gesetzliche Form gemacht worden, sie ist imperfect; 2) eine kleinere Schenkung in der Form, sie ist perfect; 3) eine größere ohne die Form, sie ist imperfect und zwar ganz, über das Maß hinaus aus diesem Grund selbst, unter dem Maß wegen Mangels der Form; 4) eine größere in der gesetzlichen Form. Dieß ist der zweifelhafte Punkt, der eine doppelte Behandlung zuläßt. Nach dem obigen Princip muß gesagt werden, die Schenkung ist theilweise perfect (soweit sie unter dem Maß ist), theilweise imperfect (soweit sie über das Maß hinausreicht). Es wäre aber auch möglich, daß man, wenigstens später, der beobachteten Form die höhere Wirkung beigelegt hätte, auch den ersten Fehler, des Uebermaßes, zu heilen, so daß dadurch die eine Vorschrift der Cincia, das Verbot höherer Schenkungen, stillschweigend außer Uebung gesetzt worden wäre. Dieß würde besonders dann erklärlich sein, wenn das Maß des Gesetzes sehr niedrig (etwa nur wie das der Lex Furia 1000 Asses) war; es würde damit aber auch übereinstimmen, daß in den nicht interpolirten Quellen eine theilweise Gültigkeit der Schenkung nicht erwähnt wird,[nn] ferner so wenige Hindeutungen auf das gesetzliche Maß selbst vorkommen.[oo]

Hiernach hätte am Ende der dritten Periode noch folgendes Recht aus der Lex Cincia gegolten: Schenkungen unter den exceptae personae werden perfect durch jedes Rechtsgeschäft, welches den Erfolg der Schenkung (Minderung des Vermögens des Schenkers, Bereicherung des Beschenkten) herstellt, unter non exceptae aber nur durch (Mancipation und) Tradition mit der Wirkung des Besitzschutzes, oder durch den Tod des Schenkers ohne entgegengesetzte Willenserklärung.[pp] Für den künftigen Beweis der geschehenen Schenkung zu sorgen, war natürlich Sache der Parteien, es war zu diesem Behuf die professio apud acta, gerichtliche Insinuation (Bd. I S. 231), sehr gewöhnlich geworden;[qq] auf die Perfection der Schenkung hatte sie keinen Einfluß, ihr Hinzukommen ersetzte kein anderes Erforderniß, ihr Wegbleiben entzog der Kraft der Schenkung nichts.

In der vierten Periode ist das Recht der Lex Cincia allmählich umgestaltet worden, endlich völlig untergegangen. Constantius Chlorus hat zuerst die gerichtliche Insinuation als eine nothwendige Form für Schenkungen unter non exceptae personae angeordnet, daneben aber das gesammte frühere Recht bestehen lassen. Constantin hat sie auch auf die personae exceptae ausgedehnt.[rr] In einer Verordnung von 316 giebt Constantin eine weitläuftige Anweisung

---

nn) Rudorff will eine Erwähnung in Fragm. vat. 294 finden: eine Schenkung an den filius in potestate wird nicht wirksam dadurch, daß der Vater seinen Willen nicht geändert hat (im Gegensatz gegen die Schenkung contra legem cinciam), quoniam quod praecessit *totum* irritum est. Darin soll liegen, daß nach der Cincia nicht das Ganze, sondern nur, was das Maß übersteigt, ungültig ist. Dann würde der Jurist so argumentirt haben: weil dort der ganze Betrag der Schenkung ungültig ist, kann sie nicht convalesciren, und dieß würde voraussetzen, daß nach der L. C. die Convalescenz der ganzen Schenkung aus dem Grund einträte, weil schon vorher ein Theil derselben gültig war. Dem ist aber nicht so. Der Grund, warum die Schenkung durch die Fortdauer des Willens wirksam wird, liegt auf keinen Fall in der vorherigen Gültigkeit eines Theils derselben.

oo) Fragm. vat. 304 (s. oben Note r) ist eine historische Bemerkung. Der Ausdruck übrigens in infinitum donare licet konnte als herkömmlich für Schenkungen, die nicht durch die Cincia beschränkt sind, immer beibehalten werden; so ist zu nehmen Paul. V 11, 6.

pp) Mehr enthalten denn auch die Stellen der vatikanischen Fragmente aus dieser Zeit nicht.

qq) Fragm. vat. 266 a. 268. 285.

rr) L. 1 C. Th. de sponsal. (3, 5). Diese Constitution ist vom J. 319, jene Ausdehnung

darüber, wie man Schenkungen recht sicher und mit Vermeidung künftiger Processe abschließen könne, ohne übrigens eine neue Form festzusetzen.[ss]) Die Tradition erscheint darin als Theil des ganzen Acts, aber ohne Andeutung, daß sie nun auch bei den personae exceptae nothwendig sein soll. Hiernach würde das damalige Recht dieses gewesen sein: alle Schenkungen fordern die gerichtliche Insinuation, die an personae non exceptae überdieß (Mancipation und) Tradition. So war es aber nicht, das Gesetz wurde anders verstanden, wie wir aus dem Gesetz von 333 (Note rr) und einem Gesetz des Constantius und Constans von 355 sehen.[tt]) Der Vorzug der exceptae personae ist ganz aufgehoben, nur für Eltern und Kinder ist das Erforderniß der Mancipation und Tradition nachgelassen (nicht das der Insinuation).[uu]) Bei der donatio ante nuptias ist von Theodosius 428 die Tradition im Fall der Insinuation nachgelassen, und die Insinuation, wenn eine solche Schenkung nicht mehr als 200 solidi beträgt.[vv])

Die Vorschrift der Tradition als letztes Ueberbleibsel der Lex Cincia (die Mancipation kam hier wie sonst außer Gebrauch, nur daß sich davon in den Schenkungsurkunden die bedeutungslosen Worte: sestertii nummi unius, quattuor assium erhalten hatten)[ww]) scheint bis auf Justinian bestanden zu haben. Dieser hob sie auf, und führte das Recht der Schenkung in Absicht auf die Form auf folgende einfache Sätze zurück.

Die Schenkung kann durch jedes Veräußerungsgeschäft (Tradition, Schenkungsversprechen, Servitutbestellung, Erlaß einer Forderung u. s. w. vgl. § 205) errichtet werden, und wenn sie nicht über 500 solidi beträgt, bedarf es keiner weiteren Form; beträgt sie mehr, so ist sie auf den Ueberschuß nur dann gültig, wenn die gerichtliche Insinuation hinzukommt.[xx]) Der Mangel der Insinuation macht die Schenkung theilweise, soweit sie nämlich das Maß übersteigt, nichtig, eine Convalescenz durch den Tod des Schenkers ohne Widerruf tritt nicht ein.

B. Gegenstand der Rechte.

CCVII. Jedes Recht ist Macht über einen Gegenstand, der vermöge dieses Rechts dem Willen des Berechtigten unterworfen ist (Bd. I § 30). Dieses Verhält-

---

auf die personae exceptae scheint aber schon in einem Gesetz von 316 (Note ss) erwähnt zu sein, wahrscheinlich ist sie früher geschehen, und die L. 1 v. 319 enthält nur eine besondere Anwendung davon auf die Schenkungen unter Verlobten. 316 hat Constantin auch verordnet, daß die Insinuation apud acta nur bei den Behörden des Domicils des Schenkers geschehen könne L. 3 C. Th. de donat. (8, 12). Jene Verordnung wird wiederholt in L. 5 C. Th. eod. (333), und von Constantius und Constans L. 6 eod.

ss) Fragm. vat. 249, abgekürzt als L. 1 C. Th. de don. (8, 12), und daraus wieder mit Veränderungen L. 25 C. I. de don. (8, 53).

tt) L. 5. 7 C. Th. de don. (8, 12).

uu) Auch die Erwähnung eines schriftlichen Schenkungsvertrags in der Verordnung Constantin's war als ein Gebot verstanden worden, dieß beseitigt ein Gesetz von Theodosius II und Valentinian III L. 29 C. de don. (8, 53). Eben so die Erwähnung von Traditionszeugen, beseitigt von Zeno L. 31 C. eod.

vv) L. 8 C. Th. de sponsal. (3, 5).

ww) L. ult. C. de don. (8, 53).

xx) Das Maß war anfangs 300 solidi, und nur bei gewissen Schenkungen auf 500 erhöht L. 34 pr. § 1 C. de don. (8, 53). Die letztere Summe ist aber bald nachher auf alle erstreckt worden L. 36 § 3 C. eod. Einige Schenkungen sind in beliebiger Höhe gültig ohne Insinuation: Schenkungen des Kaisers und an ihn, der magistri militum an die Soldaten, zum Loskauf von Gefangenen, zum Wiederaufbau zerstörter Gebäude L. 34. 36 cit., Bestellung einer Dos, sofern

niß läßt sich auch so ausdrücken: der Berechtigte bezieht einen Gegenstand auf sich, und diese Beziehung ist den Rechtsvorschriften gemäß.

Die Beziehung eines Gegenstands auf sich setzt das Bewußtsein dieses seines Selbst, auf das der Gegenstand bezogen wird, voraus. Wer sich etwas aneignet, in dem muß vorher dieses Bewußtsein mächtig geworden sein, sonst würde er nicht darauf kommen, dem Ich etwas zu unterwerfen. „Ich unterwerfe Mir einen Gegenstand", darin liegt, daß mir mein Ich, dem ich etwas unterwerfe, gegenständlich geworden ist, und zwar als das zum Herrschen Bestimmte, welchem etwas unterworfen sein kann, mit andern Worten: dem Berechtigten muß seine Persönlichkeit gegenständlich geworden sein. In einem Recht aber, welches in der Unterwerfung von etwas anderem besteht, steht die Persönlichkeit des Berechtigten nicht als Gegenstand, sondern als Subject (z. B. Ich bin Eigenthümer dieser Sache), das Gegenständlichwerden der eignen Persönlichkeit liegt nicht in diesem Recht, sondern geht ihm vorher, ist seine Voraussetzung. Es geht ihm aber nicht vorher als ein bloßer, zufällig sich bei jeder Aneignung wiederholender Impuls, sondern in der Form eines besonderen Rechts, in welchem es sich fixirt, und dessen Ausdruck die Worte sind: Ich bin Person, — worin also die eigene Person sowohl das Subject, als auch der Gegenstand ist. An der Spitze aller Rechte steht daher

1) das Recht an der eigenen Person, welches kein anderes Recht zur Voraussetzung hat, das vielmehr seine Voraussetzung in sich selbst trägt. Die Persönlichkeit ist hier zu einer Macht geworden. Wir nennen es das Recht der Persönlichkeit, es ist der Grund, auf dem alle anderen Rechte erbaut sind.

Unter den Gegenständen der Außenwelt ist einer, dessen Bestimmung in der Unterwerfung unter den Willen des Menschen vollkommen aufgeht, der keine andere Bestimmung hat, als die, dem Menschen unterworfen zu sein: die Sache. Die Unterwerfung einer Sache kommt so vor, daß sie sich von dem Recht der Persönlichkeit noch nicht losgemacht und zu einem selbständigen Recht entwickelt hat, daß sie vielmehr noch lediglich in jenem Recht und mit ihm verwachsen ihr rechtliches Dasein und ihren Schutz hat. Diese Unterwerfung ist der Besitz, ein aus dem Recht der Persönlichkeit herausstrebendes, aber von ihm noch festgehaltenes Rechtsverhältniß. So hat das Recht an der eigenen Person zwei Gestalten:

a) Recht der Persönlichkeit für sich,
b) Recht des Besitzes.

In dem Besitz enthält das Recht an der eigenen Person den Uebergang zu einem andern Recht. Die Unterwerfung einer Sache wird zu einem selbständigen, von dem Recht der Persönlichkeit abgetrennten Recht; dieß ist

2) das Recht an einer Sache. Es ist das unmittelbar aus dem der Persönlichkeit abstammende Recht, es hat keine andere Voraussetzung als jenes, zwischen dem reinen Subject und dem reinen Object, das keine andere Bestimmung hat, als dieses zu sein, bedarf es keiner Vermittelung durch ein anderes rechtliches Moment. Da die Sache völlig in der Beziehung auf die Person aufgeht, so ist ihre Unterwerfung eine vollständige, eine totale Aneignung der Sache an die Person. Dieß geht so weit, daß eine partielle Unterwerfung nur unter der Voraussetzung möglich ist, daß die Sache wenigstens einem Andern vollständig unterworfen sei, mithin nur als ein Recht an einer fremden Sache,

---

darin eine Schenkung an die Frau liegt L. 31 pr. C. de iure dot. (5, 12). Die Verwandten haben kein Vorrecht mehr.

worin nicht bloß das negative Erforderniß liegt, daß die Sache nicht mir, sondern auch das positive, daß sie einem Andern gehört. In dem Bisherigen ist gegeben, daß das Recht an einer Sache ein doppeltes ist:

a) Eigenthum (totale Unterwerfung einer Sache),

b) ius in re aliena (partielle Unterwerfung).

Auch das Recht an einer Sache trägt den Uebergang zu einem andern Recht in sich. Es liegt zum Theil in der Natur der Dinge, welche Sachen sind, in dem passiven Widerstand, den sie dem menschlichen Willen leisten, und der durch menschliche Kraft gebrochen werden muß. Es gestaltet sich als relativer Mangel, da die Erde zwar stets hervorbringt, was der Mensch bedarf, aber nicht an jedem Ort und zu jeder Zeit gleichmäßig, ferner als Rohheit des Stoffs, dem erst die Gewalt gegeben werden muß, in der er die menschlichen Bedürfnisse zu befriedigen geschickt ist. Die Unzulänglichkeit der Kräfte des Einzelnen führt zur Unterwerfung von Kräften Anderer, durch welche man jene Hindernisse überwinden kann. Dazu kommt aber noch als Erzeugerin einer andern Classe von Rechten die Natur des Eigenthums selbst, wodurch die Sache dem Willen des Einen ausschließlich unterworfen, dem der Andern entzogen wird, und damit die Ungleichheit in der Vertheilung der Güter, Ueberfluß an Sachen oder Kräften bei dem Einen, Mangel an diesen oder jenen bei dem Andern. Das Resultat ist, daß ohne die Möglichkeit eines Austausches von Sachen und Kräften die Unterwerfung von Sachen theils unmöglich, theils nutzlos werden würde. Das Rechtsinstitut des Eigenthums erhält seine nothwendige Ergänzung erst dadurch, daß der Eigenthümer, was ihm entbehrlich ist, durch Austausch in das wünschenswerthe Gut verwandeln, der Nichteigenthümer durch Darbietung seiner Kräfte sich Eigenthum verschaffen kann. So geht aus dem Recht an der Sache

3) das Recht an einer Handlung eines Andern hervor, die Obligatio, wodurch die Handlung einer Person dem Willen der andern unterworfen wird. Dieses Recht hat das Recht an der Sache zu seiner wesentlichen Voraussetzung, es bezieht sich darauf, und ist eine Ergänzung desselben. So kann denn auch nur eine solche Handlung Gegenstand der Obligatio sein, die ihr Aequivalent in einer Sache findet, jede Forderung trägt den Werth des Eigenthums einer gewissen Sache in sich, und leitet auf eine Eigenthumserwerbung oder auf die Erhaltung des erworbenen Eigenthums hin.

Die Außenwelt, die sich dem Menschen als Gegenstand seines rechtlichen Willens darbietet, ist zunächst die willenlose, die eben darum gänzlich der Unterwerfung hingegeben ist, das Gebiet des Eigenthums. Die Obligationen enthalten so wenig als die iura in re aliena einen Fortschritt aus dieser Sphäre heraus, sie sind nur andere Formen der Aneignung jener äußeren Güter, Vermittelungen des Eigenthums. Aber in den Wesen gleicher Art, die der Mensch als „Fleisch von seinem Fleisch" erkennt, thut sich dem rechtlichen Willen ein ganz neuer Gegenstand auf. Der Mensch findet sich in einer natürlichen Verbindung mit seines Gleichen, in der Familie, in der Volksverbindung. Sein Wille bezieht andere Menschen auf sich, er erkennt sie als die Seinigen, nur bezieht er sie nicht auf sich als Einzelnen, sondern als Glied der Verbindung, welche dieser Beziehung zu Grunde liegt. Daher, indem er sie als die Seinigen, erkennt er sich zugleich als den Ihrigen; indem sie der Gegenstand seines rechtlichen Willens sind, ist er zugleich der des ihrigen. Dadurch entsteht

4) das Recht an einer Person außer uns. Es ist Unterwerfung einer Person; eine Person aber, ein berechtigtes Wesen, ist es, die unterworfen ist,

die daher nicht rein unterworfen sein kann, weil sie dadurch aufhören würde, als Person zu sein, und zur Sache gemacht wäre. Eine Ungleichheit in der Stellung der Personen kann stattfinden, das Recht der einen Person an der andern kann ein Uebergewicht haben gegenüber dem entsprechenden Recht dieser an jener, wie bei dem Recht des Mannes an der Person der Frau, der Eltern an der Person der Kinder, aber eine Gegenseitigkeit liegt in jedem wahren Recht an einer Person, auch die Frau hat ein Recht an der Person des Mannes, das Kind an der Person der Eltern. Im römischen Recht ist in gewissen Verhältnissen jenes natürliche Uebergewicht so sehr vergrößert worden, daß das gegenseitige Recht des Unterworfenen ganz oder fast ganz außer Activität gesetzt worden ist, in den Rechten an Personen, welche die Römer unter dem Wort ius zusammenfassen (potestas, manus, mancipium). Diese Rechte sind nach der Analogie des Eigenthums behandelt, die Persönlichkeit der Unterworfenen selbst ist dadurch afficirt, sie sind den Sachen genähert worden. Daher sind zwei Gattungen von Rechten dieser Classe zu unterscheiden:

a) dem Eigenthum verwandtes Recht an einer Person,

b) reines Recht an einer Person.

Durch die Familie erhält das Vermögen eine Bestimmung, die seine Dauer über den einzelnen Berechtigten hinaus erstreckt. Das Vermögen soll sich durch den Tod desselben nicht in seine Elemente auflösen und verschwinden, sondern als Ganzes erhalten werden und auf die Familiengenossen, oder wen sonst das Recht an ihre Stelle setzt, übergehen. Durch diese Erhaltung wird aber das Vermögensrecht auch für die Zeit des Lebens erst vollendet. Die Rechtsverhältnisse gewinnen erst dadurch eine sichere Existenz, daß sie nicht von dem Leben der Personen abhängig sind, sondern auf die Erben übergehen; das Eigenthum erhält eine Dauer, die Obligatio eine Sicherheit, die ihr abgeben würde, wenn der Tod sie tilgte. Es ist nicht bloß der Gedanke an die Familie, sondern auch das Bedürfniß rechtlicher Ordnung und Garantie überhaupt, welches auf jenen Uebergang hinführt, der daher auch in andern analogen Fällen eingesetzt worden ist. Die Fortdauer des Vermögens über die Person hinaus ist nur denkbar, indem sich darin zugleich die Person des Berechtigten als seine das Ganze zusammenhaltende Spitze fortsetzt. Die Person geht in den Successor über, er trägt sie in sich und repräsentirt sie, und hat durch sie das ihr zuständige Vermögen. So tritt zu den übrigen

5) das Recht an einer in uns übergegangenen Person, welches den Kreis der Privatrechte schließt.

Auch in ihrem Gegenstand sind die Rechte Veränderungen unterworfen, durch Einschränkungen und durch Erweiterungen (Accessionen), welche der Gegenstand erhalten kann. Nicht alle Gegenstände und alle Rechte sind solchen Modificationen, und die, bei denen sie stattfinden, sind ihnen nicht auf gleiche Weise ausgesetzt. Das davon geltende Recht wird bei den einzelnen Rechten, die diesem Einfluß unterliegen, darzustellen sein.

C. Schutz der Rechte.

CCVIII. Ein Recht kann nicht ohne einen Schutz gegen Verletzung, gegen Hinderung oder Störung seiner Ausübung gedacht werden.[a]) Der vollkommenste

---

a) Das Allgemeine darüber s. in § 29 des 1 Bands, die Ausführung für den römischen Proceß im dritten Buch. [Das Actionenrecht behandeln neuerdings: Bethmann-Hollweg der röm. Civilproceß II (1865) § 85—98 S. 207—324. Bekker die Actionen des römischen Privatrechts.

Schutz besteht in einer Klage, die mit dem Recht verbunden ist, der weniger vollkommene, weil er von Voraussetzungen abhängt, die ihn nutzlos oder unvollständig machen können, ist der durch Einreden. Denn die Einrede setzt eine bestimmte Verletzung des Rechts voraus, nämlich die Anstellung einer Klage, die dem Recht des Beklagten widerspricht, sodann erreicht man dadurch nur die Abweisung des Klägers, womit unter Umständen allerdings dem Berechtigten volles Genüge geschehen sein kann, während unter andern Umständen dieß vielleicht nicht hinreicht, ihn vollkommen zu befriedigen.[b])

In diesem wesentlichen Element des Schutzes kann ein Recht Veränderungen erleiden. Solche Veränderungen treten schon durch die Geltendmachung der Rechte selbst ein, durch Litiscontestation und Urtheil, indem das Schicksal des Rechts von dem Ausgang des Processes abhängig ist (§ 172. 175). Sodann kann die Geltendmachung des Rechts selbst und damit seine wesentliche Wirkung beeinträchtigt werden. Ist ein Recht aufgehoben, so fällt damit natürlich auch jede Geltendmachung desselben weg, umgekehrt kann es sein, daß ein Umstand die Existenz des Rechts selbst und unmittelbar nicht berührt, ihm aber seinen Schutz entzieht; ist einem Recht auf diese Weise jeder Schutz entzogen, so ist es, da ohne allen Schutz ein Recht nicht zu denken ist, mittelbar selbst aufgehoben. Eben so kann es geschehen, daß einem Recht wenigstens der vollkommene Schutz, die Klage, entzogen wird, wodurch es nicht völlig wirkungslos gemacht, also zerstört, aber in seiner Wirkung wesentlich gemindert ist.

Klage im formellen Sinn ist eine processualische Handlung, im materiellen die Möglichkeit derselben, das Klagerecht. In diesem Sinn, in dem wir hier die Klage nehmen, ist sie auch vor ihrer wirklichen Anstellung vorhanden, sie existirt mit dem Recht, aus dem sie entspringt, welches der Grund der Klage im materiellen Sinne ist.[b*]) Mit dem Recht geht natürlich auch die Klage unter, die ein Bestandtheil desselben ist, aber es kann auch umgekehrt die Klage für sich verloren gehen; beschränkt sich der Verlust auf dieses Mittel der Geltendmachung, so besteht das Recht fort, nur in einer unvollkommeneren Gestalt, da es des wichtigsten Schutzmittels beraubt ist.

Die wichtigste Art der Aufhebung von Klagen, die diesen Erfolg hat, ist die Verjährung: der Untergang einer Klage wegen Versäumung ihrer Anstellung innerhalb der dafür durch das Recht vorgeschriebenen Zeit.[c])

Bd. 1 Ius civile (1871) Bd. 2. Prätorisches richterliches kaiserliches Recht (1873), Ersterer vom Standpunkte des röm. Processes, Letzterer als Einleitung zum Obligationenrecht. Vgl. dessen Aufsatz über das Verhältniß von actio und obligatio, Zeitschr. für Rechtsgeschichte IX (1870) S. 366 f. R.]

b) Wenn z. B. jemand 100 von mir einklagt, der mir 1000 schuldig ist, so kann ich mich gegen seine Klage durch eine Einrede (der Compensation) schützen, mit dieser aber erreiche ich im besten Fall nur seine Abweisung, also 100 von meiner Forderung, zur Bezahlung der übrigen 900 verhilft mir meine Einrede nicht.

*b**) [Ein wesentlicher Unterschied des römischen und heutigen Rechts besteht darin, daß in jenem der Staatsschutz (actio) der Rechte (res) ein beschränkter war, während er im heutigen jedem Recht beigegeben ist (ubi ius non deest, nec actio deesse debet). Unrichtig aber ist es, wenn 1) Windscheid die Actio des römischen Civilrechts vom Standpunkte des heutigen Rechts 1856. Die Actio. Abwehr gegen Theodor Muther 1857, jenen Rechtsschutz erst mit der Litiscontestation entstehen läßt, 2) Muther zur Lehre von der römischen Actio 1857 denselben auf die Ertheilung einer Formula beschränkt und endlich 3) Bruns Symbolae Bethm.-Hollw. obl. S. 50. 51, v. Holtzendorff Encyclop. S. 65. 66 und Bekker Actionen I S. 10 nur die Actionen des Civilrechts aus dem Recht hervorgehen lassen, während umgekehrt der Prätor erst durch seine Actionen das Recht erzeugt haben soll. R.]

c) Die neueste und befriedigendste Darstellung des Instituts der Klagverjährung enthält Sa-

Die Klagverjährung hat, so viel wir wissen, ihren ersten Ursprung im prätorischen Edict. Als der Prätor Klagen einzuführen begann, und damit Rechte anerkannte und schützte, die nach Jus civile nicht bestanden, setzte er häufig als ein Erforderniß fest, daß nicht schon ein Jahr seit der Entstehung des Anspruchs, der geltend zu machen war, abgelaufen sein dürfte: in anno oder intra annum iudicium dabo, — intra annum agere permittam, — si non plus quam annus est, restituas.[d] Die Kürze der Zeit war dadurch gemildert, daß das Jahr als utilis annus behandelt wurde (§ 200): intra annum, quo primum experiundi potestas fuerit, — quum de ea re, qua de agitur, experiundi potestas est; dadurch waren die Tage, welche nicht Gerichtstage sind (§ 158), ferner, an denen der Kläger durch ein unüberwindliches Hinderniß, welches auch die Bestellung eines Procurators ausschließt, abgehalten war, und an denen der Beklagte durch Abwesenheit ꝛc. die Anstellung der Klage verhindert hat, von der Berechnung ausgeschlossen.[e] Der Prätor wurde zu jener Beschränkung des Klagerechts, die dem alten Jus civile fremd war, bewogen ohne Zweifel theils durch den Vortheil, den es der richterlichen Thätigkeit gewährt, wenn die Thatsachen, auf deren Erkenntniß und Beurtheilung es ankommt, möglichst neu sind, theils durch die billige Rücksicht, den Gegner, den er einem im Jus civile nicht begründeten Anspruch unterwarf, nicht allzulang in Ungewißheit darüber zu lassen, ob der Kläger von dem Recht, das ihm der Prätor gewährte, wirklich Gebrauch machen werde oder nicht. Wenn der Gegner sicher war, nach Ablauf einer gewissen Zeit dem vom Prätor eingeführten Anspruch entgangen zu sein, so war die prätorische Neuerung eher zu ertragen. Diese Rücksicht trat besonders ein, wenn der Prätor durch die verliehene Klage jemanden einen Gewinn verschaffte, also bei den Klagen auf eine Strafe, daher alle prätorischen Pönalklagen jener Verjährung unterworfen sind;[f] dagegen sind die Klagen, durch die der Kläger nicht bereichert, sondern sein Vermögen nur gegen eine Rechtsverletzung wieder hergestellt werden soll (quae rei persecutionem habent), von dieser Beschränkung frei.[g] In der Mitte zwischen beiden Classen stehen die, wodurch der Kläger nur erhält, was ihm aus seinem Vermögen fehlt, aber dieß doch auf Kosten des Beklagten, so daß dieser möglicherweise einen reinen Verlust erleidet, so gut als bei den Pönalklagen, nur daß diesem Verlust nicht ein Gewinn auf Seiten des Klägers entspricht. Geschieht nun dieß contra ius civile, so ist die Klage auch hier auf ein Jahr beschränkt.[h]

---

vigny's System des heut. R. R. V § 237—255. [Vgl. Demelius Untersuchungen aus dem röm. Civilrecht I (1856) N. 1.]

d) Daß ein Jahr als Verjährungszeit gewählt wurde, erklären die Institutionen Justinian's durch die Bemerkung: nam et ipsius praetoris intra annum erat imperium, oder wie Theophilus sagt: die prätorischen Edicte selbst galten nur ein Jahr. Das ist ein müßiger Einfall, zu dem die äußerliche Aehnlichkeit der Zeit Veranlassung gab, ein wirklicher Zusammenhang der Dauer der Prätur und der Klagen ist der Natur der Sache nach undenkbar. [Vgl. Mommsen Staatsrecht I (1876) S. 614.]

e) L. 1 D. de div. temp. praescr. (44, 3).

f) Mit Ausnahme der actio furti manifesti, denn durch diese verminderte vielmehr der Prätor den Anspruch, den der Bestohlene nach Jus civile gehabt hätte.

g) Beide Regeln werden gegeben in L. 35 pr. D. de O. et A. (44, 7): In honorariis actionibus sic esse definiendum, Cassius ait, ut quae rei persecutionem habeant, hae etiam post annum darentur, ceterae intra annum — — Vgl. L. 3 § 4 D. nautae, caup. (4, 9) L. 21 § 5 D. rerum amot. (25, 2).

h) L. 35 pr. cit. So verjährt die actio doli mali in einem Jahr (was Constantin in ein biennium continuum verändert hat L. ult. C. de dolo 2, 20), obwohl sie bloß auf Ent-

Auch einige andere Klagen wurden der Verjährung unterworfen. So setzten die Aedilen eine zum Theil noch kürzere Zeit für die Klagen fest, durch welche der Käufer wegen Mängel der verkauften Sache Aufhebung des Contracts oder Entschädigung fordert. Der Grund lag vornehmlich darin, daß ohne diese Beschränkung ihrer Dauer Handel und Wandel unsicher und eine zuverlässige Entscheidung darüber, ob der Mangel schon zur Zeit des Contracts vorhanden gewesen, in der Regel unmöglich werden würde. Dann schien es nothwendig, die singulären Ansprüche des Fiscus auf das Vermögen von Verbrechern oder auf andere verfallene Güter und auf sonstige Strafen durch die Festsetzung einer Zeit zu mäßigen, nach deren Ablauf die Klagen erlöschen und die Besitzer jener Güter gesichert sind. Diese Verjährungszeit ist eine zwanzigjährige,[i]) ja der Anspruch auf erbloſe Güter geht schon in vier Jahren gegen die Besitzer verloren,[k]) die Vindication eines durch Beeinträchtigung der fiskalischen Rechte verwirkten Guts in fünf Jahren.[l]) Der Status einer Person ferner, ihre Freiheit, Ingenuität ꝛc. kann auch nach ihrem Tod angefochten, und dadurch die Stellung ihrer Kinder und das Schicksal ihres hinterlassenen Vermögens verändert werden. Um aber diese Verhältnisse nicht unendlichen Vexationen auszusetzen, edicirte schon der Princeps Nerva, daß nach fünf Jahren von dem Tod an diese quaestiones de statu wegfallen sollten.[m]) An diesen Rechtssatz schlossen manche Juristen auch die Verjährung der querela inofficiosi testamenti in fünf Jahren an, die denselben Zweck einer endlichen Sicherung der Erbverhältnisse hat; sie behaupteten darum, die Zeit beginne mit dem Tode des Erblassers, während Andere die Verjährung erst mit dem Antritt des eingesetzten Erben, gegen den die Klage anzustellen ist, anfangen ließen.[n])

Einen besonderen Zweck hat die longi temporis praescriptio gegen speciales in rem actiones (aus dem Eigenthum und den iura in re). Ein Besitz von zehn Jahren unter Gegenwärtigen, von zwanzig Jahren unter Abwesenden, wenn er einen rechtmäßigen Anfang hat, soll gegen jene Klagen geschützt werden.[o]) Diese Verjährung hat dieselbe Bestimmung wie die Usucapion: den Erwerb von Rechten zu sichern, indem der lange Besitz den Beweis der sonstigen Erwerbung ersetzt. Sie ist ein Surrogat der Usucapion, wo diese keine Anwendung findet, und ist nachher aus dem Charakter einer bloßen Klagverjährung in den einer Ersitzung, einer Erwerbung des jene Zeit hindurch ununterbrochen ausgeübten Rechts, übergegangen.

Das Resultat von allem diesem ist für die Zeit der classischen Juristen folgendes. Die Regel war: einer Klage steht nicht entgegen, daß ihre Anstellung längere Zeit verschoben worden ist, diese Verzögerung bewirkt nicht den Verlust der Klage, actiones perpetuo dantur.[p]) Dieß schließt nicht aus, daß das Recht, aus dem die Klage entspringt, durch Ablauf einer gewissen Zeit verloren gehen kann, z. B. das Eigenthum dadurch, daß ein Anderer die Sache usucapirt, die Forderung gegen den sponsor und fidepromissor nach zwei

---

schädigung geht (freilich erleidet der damit Verurtheilte zugleich die Strafe der Infamia), auf Herausgabe dessen, was an den Betrüger durch seinen Dolus gekommen ist, wird eine Klage auch post annum gegeben L. 28 D. de dolo (4, 3).

i) L. 13 pr. D. de div. temp. praescr. (44, 3) L. 1 § 3 D. de iure fisci (49, 14).

k) L. 1 C. de quadriennii praescr. (7, 37).

l) L. 2 C. de vectig. et commissis (4, 61).

m) Dig. XL 15 Cod. VII 21: ne de statu defunctorum post quinquennium quaeratur.

n) L. 36 § 2 C. de inoff. (3, 28).

o) Vgl. unten § 240. *p*) Gai. IV 101.

Jahren ex lege furia; denn dieser Untergang trifft nicht zunächst die Klage, obwohl diese natürlich mit dem Recht folgeweise untergeht. Jener Erfolg wird zwar durch die Nichtanstellung der Klage während jener Zeit vermittelt, da ihre zeitige Anstellung den Verlust verhüten würde, aber diese Versäumniß ist nicht die positive Ursache des Erfolgs, der wahre Grund des Verlustes liegt auf der Seite des Gegners. — Die Ausnahme nun von jener Regel ist, daß es temporales actiones giebt, die durch Nichtanstellung innerhalb einer gewissen Zeit verloren gehen, wo also die Unthätigkeit des Klägers den Verlust nicht bloß vermittelt, sondern unmittelbar und eigentlich verursacht; solcher Ausnahmen gab es schon in der dritten Periode eine nicht unbeträchtliche Anzahl. Betrachten wir sie aber nach ihrer Wichtigkeit für den Rechtsverkehr, so müssen wir sagen, daß die Klagverjährung die bedeutendsten und häufigsten Klagen fast gar nicht berührte.

Eine andere Wendung nahm die Sache in der vierten Periode. Schon Constantin verordnete, daß die vetustas des Besitzers, oder, wie dieß genau bestimmt ward, die Zeit von vierzig Jahren eine Einrede gegen die in rem actio geben solle.[q]) Dieser Rechtssatz entwickelte sich aus einer Anwendung der unvordenklichen Zeit (§ 200 a. E.) auf den Besitz einer fremden Sache. die vielleicht in der Praxis geschehen war, und die der Kaiser in jener Art und mit Bestimmung der Zeit auf ein Menschenalter genehmigte. Natürlich wurde kein rechtmäßiger Besitz, wie bei dem longum tempus, sondern nur die Versäumung der Klage während jener Zeit gefordert, es war also eine reine Klagverjährung. Später scheint eine Zeit von dreißig Jahren für hinreichend gehalten worden zu sein.[r]) Diese Verjährung wurde auch auf die Klage wegen eines Colonus, der so lange außer dem Colonat gelebt hatte, angewandt,[s]) aber ihre Anwendung auf persönliche Klagen wurde ausdrücklich untersagt.[t]) Dabei blieb es aber nicht, ein für das Institut der Klagverjährung höchst wichtiges Gesetz von Theodosius II 424 unterwarf mit sehr wenigen Ausnahmen alle Klagen, die bis dahin perpetuae gewesen waren, der Verjährung von dreißig Jahren.[u]) Die Zeit ist, wie schon bisher bei allen Verjährungen über ein Jahr, tempus continuum, aber auch die in integrum restitutio gegen den Ablauf der Zeit ist ausgeschlossen, nur daß für die Klagen der Unmündigen, so lange sie unter Tutel sind, die Verjährung nicht laufen soll. Es fehlte nicht an Versuchen, das Gesetz durch willkürliche Interpretationen zu umgehen, schon Valentinian III fand sich 449 veranlaßt, seine Allgemeinheit von neuem einzuschärfen,[v]) aber noch Anastasius eifert gegen das Bestreben, durch mehr oder weniger scheinbare Auslegungen manchen Klagen gegen den Geist des Gesetzes die alte Unverjährbarkeit zu retten. Er verzweifelt an der Möglichkeit, diesen Versuchen durch unzweideutige Bestimmungen zu begegnen, und

---

q) L. 2 C. de praescr. XXX vel XL annorum (7, 39) L. 2 C. Th. de longi temp. praescr. (4, 13).

r) Symmach. epist. V 52.

s) L. 1—3 C. Th. de his qui condicionem (12, 19) von Honorius. Dreißig Jahre, wenn er in derselben Provinz, vierzig, wenn er in einer andern sich aufgehalten hat.

t) Constantius u. Constans L. 2 C. Th. de longi temp. pr. (4, 13).

u) L. un. C. Th. de actionib. certo tempore finiendis (4, 14): Sicut in rem speciales (nach dem bisherigen Recht), ita ad universitatem ac personales actiones ultra triginta annorum spatium minime protendantur u. s. f. Mit einigen Veränderungen in den justinianischen Codex aufgenommen: L. 3 C. de pr. XXX ann. (7, 39).

v) Nov. Valent. tit. 27: de tringita annorum praescriptione omnibus causis opponenda.

greift zu dem Auskunftsmittel, für alle die Fälle, wo man mit einigem Schein an der Anwendbarkeit der dreißigjährigen Verjährung zweifeln könnte, eine vierzigjährige vorzuschreiben, mit deren Ablauf dann aber ganz entschieden die Klage erloschen sein solle.[w]) Justinian schärft die Regel ein, daß alle Klagen, für die nicht eine kürzere Zeit festgesetzt ist, in 30 Jahren verjähren, und läßt nur zwei Ausnahmen zu, wo 40 Jahre nöthig sein sollen (die hypothekarische Klage gegen den Schuldner, und unter Umständen gegen einen nachstehenden Pfandgläubiger, und die Klagen, die schon einmal anhängig gemacht, aber nicht bis zum Urtheil durchgeführt worden sind), auch nimmt er die Zeit, wo die Klage zu den Adventicien eines Filiusfamilias gehört, von der Rechnung aus.[x])

Durch diese allgemeine Einführung der Klagverjährung hat sich die Bedeutung der Ausdrücke temporales und perpetuae actiones, die man als herkömmlich beibehielt, geändert. Da die dreißig- und mehrjährige Verjährung die Klagen trifft, welche früher unverjährbar waren, so werden nun perpetuae actiones diejenigen genannt, die erst in dreißig oder mehr Jahren verjähren, der Ausdruck temporales actiones, der nun eigentlich auf alle Klagen passen würde, wird auf die beschränkt, die eine kürzere Verjährungszeit haben.

Der Ausdehnung des Instituts der Klagverjährung im neueren Recht liegt offenbar der Gedanke zu Grunde, daß die Vertheidigung gegen einen Anspruch desto schwieriger ist, je weiter seine Erhebung hinausgeschoben wird. Je länger ein Kläger mit der Anstellung seiner Klage zögert, desto günstiger gestaltet sich für ihn die Möglichkeit, daß das Gedächtniß einer etwa geschehenen Tilgung des Anspruchs oder sonstiger Einwendungen sich verliert, oder, was denselben Erfolg hat, daß die Mittel, wodurch sie bewiesen werden könnten, untergehen, während man auf der andern Seite annehmen muß, daß jeder, dem ein solcher Anspruch wirklich zusteht, ihn so bald als möglich geltend machen wird. Allerdings wird eine Verzögerung häufig in bloßer Unaufmerksamkeit und Nachlässigkeit des Klägers, nicht in einer bewußten Machination ihren Grund haben, aber es kann keinen Augenblick zweifelhaft sein, daß billigerweise ihm, nicht dem Beklagten, der Nachtheil, der aus diesem Mangel an Sorgfalt entspringt, zuzuweisen ist.

Darum trifft nun aber auch die Verjährung

1) nur die Rechtsmittel, welche selbständig und ohne die Thätigkeit eines Andern vorauszusetzen gebraucht werden können, also die Klagen, nicht die Einreden, da die Geltendmachung eines Anspruchs durch Einrede stets von der Anbringung eines anderen Anspruchs durch den Gegner abhängt.[y])

---

w) L. 4 C. de pr. XXX ann. (7, 39). Anastasius selbst hat nachher wieder für unverjährbar erklärt die Ansprüche der Städte auf die zum Eintritt in ihre Curie verpflichteten Personen und die Steuerforderungen des Fiscus L. 5. 6 C. eod.

x) L. 1 C. de annali exc. (7, 40). Nachher hat Justinian noch für solche Klagen der Kirchen und milden Stiftungen, die außerdem unter die dreißigjährige Verjährung fallen würden, anfangs 100 Jahre L. 23 C. de SS. eccles. (1, 2), später 40 Jahre als Verjährungszeit festgesetzt Nov. 111. 131 cap. 6, für die Zurückforderung des in einem unerlaubten Spiel verlorenen 50 Jahre L. 3 [richtiger L. 1 § 2] C. de aleat. (3, 43).

y) L. 5 § 6 D. de doli exc. (44, 4): Non sicut de dolo actio certo tempore finitur, ita etiam exceptio eodem tempore danda est. Nam haec perpetuo competit, cum actor quidem in sua potestate habeat, quando utatur suo iure, is autem, cum quo agitur, non habeat potestatem, quando conveniatur. Eine Anwendung der Verjährung auf Einreden könnte nur dadurch denkbar werden, daß man die Klagverjährung auf die Rechte selbst, z. B. auf die Obligationen bezöge, dann würden diese durch die Verjährung untergehen, und damit natürlich auch jedes Rechtsmittel, mit dem sie geltend zu machen sind. Aber dieß wäre eben eine ganz falsche Auf-

2) Die Verjährung setzt eine entstandene Klage (actio nata) voraus, vor diesem Zeitpunkt kann sie nicht anfangen zu laufen, und sie wird durch das spätere Wegfallen ihrer Veranlassung unterbrochen. In einem gewissen Sinn ist die Klage vorhanden mit dem Recht, z. B. dem Eigenthum, der Obligatio, woraus sie entspringt. Aber dieß ist zur Verjährung noch nicht hinreichend. sie muß auch veranlaßt sein, erst dann ist sie eine actio nata. Dieß geschieht dadurch, daß das Recht des Klägers verletzt, also die Voraussetzung des Schutzgesuchs eingetreten ist. Die Verjährung einer Vindication setzt daher voraus, daß ein Anderer die Sache und zwar so besitzt, daß er dem Eigenthümer diesen Besitz vorenthält,[z]) und wenn er den Besitz verliert, so ist die Verjährung unterbrochen, und beginnt gegen den neuen Besitzer von neuem, wenn dieser nicht Successor des vorigen ist und somit den Besitz dieses nur fortsetzt.[aa]) Bei persönlichen Klagen muß nicht bloß die Obligatio existiren (daher z. B. bei einer bedingten die Verjährung nie vor der Existenz der Bedingung beginnt), sondern der Schuldner muß durch Nichterfüllung das Recht des Gläubigers verletzt haben. Dieß setzt voraus, daß dies obligationis venit (§ 204 Note c),[bb]) und nicht außerdem noch die besondere Natur der Obligation eine Uebereinstimmung beider Parteien in den Aufschub der Leistung darbietet.[cc]) Darum wird denn auch die Verjährung unterbrochen, wenn der Schuldner irgend etwas gegenüber dem Gläubiger vornimmt, wodurch er dessen Forderung anerkennt, z. B. um Nachsicht bittet, Zinsen zahlt, ein Pfand bestellt u. s. f., und sie muß nach einem solchen Ereigniß ganz von neuem beginnen.[dd]) — Auch durch dieses Erforderniß ist die Anwendung der Klagverjährung auf Einreden ausgeschlossen, denn die exceptio ist erst nata in jenem Sinn durch die Anstellung der Klage. Sie kann verloren gehen durch Versäumniß ihrer Vorschützung in dem Stadium des Processes, welches dafür bestimmt ist, aber nicht durch den bloßen Ablauf des Zeitraums.

3) Die Klage ist verjährt, wenn sie die ihr gesetzte Zeit hindurch nicht angestellt worden ist; durch die Anstellung innerhalb dieser Zeit wird die Verjährung gehindert. Es fragt sich nun, welcher Act bewirkt dieß? Der Umstand, daß die angestellte Klage im alten ordo iudiciorum die formula ist, die der Prätor giebt, führt uns auf die Litiscontestation (§ 172). Man drückt

---

fassung jenes Instituts. Der Untergang eines Rechts durch Ablauf einer gewissen Zeit, z. B. der Obligatio des sponsor ex lege furia, ist ein ganz anderes Rechtsinstitut (s. oben). So ist dem Aussteller eines Empfangsscheins unter Umständen das Recht gegeben, denselben innerhalb einer gewissen Zeit als grundlos ausgestellt anzufechten, und dieß kann durch Klage, Verneinung der darauf gegründeten Klage, oder exceptio (non numeratae pecuniae) geschehen. Nach Ablauf jener Zeit geht dieses Recht unter, aber dieß ist keine Verjährung der Klage, der Negation, der Einrede, sondern eine Verjährung jenes Rechts selbst, unabhängig von diesen Rechtsmitteln.

z) Wenn daher der Andere als Pächter von dem Eigenthümer besitzt, so beginnt die Verjährung nicht, so lange er nur den Besitz desselben ausübt, also der Eigenthümer ihn nicht verloren hat.

aa) Sogar wenn die Verjährung gegen den früheren schon vollendet war, kann sich der neue, der nicht sein Successor ist, nicht darauf berufen L. 8 § 1 C. de pr. XXX ann. (7, 39).

bb) L. 3. 7 § 4 C. eod. L. 1 § 1 C. de ann. exc. (7, 40).

cc) Wenn eine Sache deponirt worden ist, kann der Deponent nach Willkür sie zurückfordern, daher kann man sagen: dies venit, so lange er aber nicht die Zurückgabe will, verletzt der Depositar diese Forderung so wenig, daß er die Rückgabe vielmehr dem Contract gemäß unterläßt, daher beginnt die Verjährung der actio depositi erst von dem Augenblick an, wo der Depositar dem Willen des Deponenten gemäß die Sache hätte zurückgeben sollen und dieß nicht gethan hat. Vgl. L. 1 § 22 D. depos. (16, 3).

dd) L. 7 § 5 L. 8 § 4 C. de pr. XXX ann. (7, 39).

dieß gewöhnlich, aber nicht richtig, so aus: die Litiscontestation habe die Verjährung unterbrochen.[ee]) Aber die Litiscontestation consumirte das Klagerecht, und nahm also das Object der Verjährung hinweg; man kann dieß so wenig eine eigentliche Unterbrechung nennen, als z. B. die Befriedigung des Gläubigers. Der richtige Ausdruck ist: die L. C. macht die Verjährung (wie auch die Beschränkung der Klage auf das Leben des Beklagten oder des Klägers) unmöglich oder unschädlich, und so drücken sich auch die römischen Juristen aus.[ff]) Also um die Verjährung zu verhüten, ist Litis Contestatio nöthig,[gg]) das was ihr vorhergeht, ist für sich nicht dazu hinreichend. Wahrscheinlich aber war es genügend, wenn nur bis zum Vadimonium oder bis zu der später eingeführten Litis Denuntiatio (§ 160) die Zeit nicht abgelaufen war, vorausgesetzt natürlich, daß die L. C. wirklich darauf folgte. Das Recht der vierten Periode hat (was schon früher bei dem Verfahren extra ordinem galt, sofern hier eine Klagverjährung vorkam) eine Unterbrechung der Verjährung durch das Anbringen der Klage in der damals geltenden Form (§ 184), vorausgesetzt, daß diese Anstellung durch Citation des Beklagten als eine wirksame sich bewährt, eingeführt.[hh])

Die Klagverjährung wurde früher in der Form einer Präscriptio (§ 171) geltend gemacht (praescriptio temporis, temporalis praescriptio), und davon ist dieser Name noch in späterer Zeit, als es keine Präscriptionen dieser Art mehr gab und jene Einrede die Form der exceptio erhielt, geblieben.[ii]) Die exceptio temporis ist eine exceptio perpetua oder peremtoria; nun giebt es zwei Classen solcher Einreden; die eine und zahlreichste macht das Recht völlig unwirksam, die andere trifft nur die Klage (tantum ab actione liberat), läßt also das Recht mit seinen sonstigen Wirkungen unberührt.[kk]) Zu welcher dieser Classen gehört die exceptio temporis? Ihrer Begründung nach bezieht sie sich nur auf die Klage, sie setzt nur die Nichtanstellung der Klage während der Verjährungszeit voraus, es wäre daher eine rein willkürliche Bestimmung, wenn sie ihre zerstörende Kraft auch auf andere, von der Klage an sich unabhängige Wirkungen des Rechts erstreckte. Die Frage ist also: hat das römische Recht, durch eine singuläre Vorschrift, der Klagverjährung diese über ihre eigentliche Natur hinausgehende Wirkung beigelegt? Bei der in rem actio ist dieß nicht einmal möglich; würde man eine Aufhebung des Eigenthums selbst als

---

ee) Unterholzner Verjährungslehre I § 124. Savigny System V S. 316.

ff) L. 8 in f. D. de fideiuss. tut. (27, 7) L. 9 § 3 D. de iureiur. (12, 2) L. 24 pr. D. de lib. causa (40, 12) L. 29 D. de novat. (46, 2). Dieß tritt recht augenscheinlich hervor bei der Verjährung der in rem actio, der Ablauf der Zeit nach der L. C. ist unschädlich, weil alles nach der Zeit der L. C. beurtheilt wird L. 10 C. de pr. longi temp. (7, 33), dasselbe gilt aber auch von der Usucapion, die gewiß durch die L. C. nicht unterbrochen wird § 239 Note x.

gg) L. 1 § 2 D. de feriis (2, 12) L. 28 § 4 D. de iudic. (5, 1).

hh) L. 3. 7 pr. § 5 C. de pr. XXX ann. (7, 39). Justinian hat dem Kläger die Unterbrechung überdieß durch die Gewährung anderer Mittel, die unter Umständen die Klaganstellung ersetzen sollen, erleichtert L. 2. 3 C. de ann. exc. (7, 40). Er bezieht sich darauf in L. 4 C. de duob. reis (8, 39).

ii) Wenn schon in iure der Ablauf der Verjährungszeit klar und unbestritten war, so fiel natürlich praescriptio und exceptio weg, der Prätor verweigert die Formel, deren Verleihung ohne Zweck gewesen wäre.

kk) Ganz oder theilweise, denn es giebt allerdings Einreden, die sich auch noch auf einige solche Wirkungen erstrecken; z. B. die exceptio S. C. macedoniani befreit den filiusfamilias von der Klage aus einem ihm gegebenen Gelddarlehen, sie erstreckt sich aber auch auf alle andern Mittel, ihn direct oder indirect zur Zahlung zu nöthigen, so auf die Klage aus dem für das Darlehen bestellten Pfandrecht, auf die Klage gegen den Bürgen, sofern sie jenen Erfolg haben würden.

Folge der Klagverjährung annehmen, so bliebe nur folgende Alternative: entweder geht das Eigenthum auf den Besitzer über, dann hat die Klagverjährung aufgehört, dieses zu sein, und ist eine Ersitzung geworden, oder man hält den Begriff der Klagverjährung fest, dann wäre die Folge des Eigenthumsverlustes von Seiten des Klagberechtigten, daß die Sache herrenlos würde; da nun diese doch wieder dem Besitzer als Occupanten zufiele, so wäre es auch hier eine Sinnlosigkeit, Klagverjährung und Ersitzung ferner zu unterscheiden. Die Frage wird also auf die persönlichen Klagen zu beschränken sein, für diese müßte das römische Recht aus irgend einem besonderen Grund das festgesetzt haben, was der Natur des Instituts fremd, und bei der in rem actio ohne seine Aufhebung selbst sogar undenkbar ist. Eine solche Vorschrift findet sich nun nirgends.[ll]) Dessenungeachtet fehlt es nicht an Solchen, welche behaupten, durch die Verjährung der Klage werde die Obligatio ganz wirkungslos.[mm]) Meistens wird die Frage unerheblich sein, da die sonstigen Wirkungen, die nach der richtigen Ansicht fortdauern, ihrer Natur nach von dem Zusammentreffen besonderer Umstände abhängen, und wo diese nicht eintreten, gar nicht zum Vorschein kommen. Solche Wirkungen sind: 1) der Schuldner, der nach abgelaufener Verjährung zahlt, kann das Gezahlte nicht als ein indebitum zurückfordern, da er es doch noch schuldete, wenn er auch nicht klagweise zur Zahlung angehalten werden konnte;[nn]) 2) der Gläubiger kann die Forderung nach verjährter Klage durch Exceptio gegen eine Klage seines Schuldners, z. B. durch Compensation geltend machen;[oo]) 3) das für die Forderung bestehende Pfandrecht, welches mit ihr untergeht, dauert fort, wenn die Klage aus der Forderung verjährt ist;[pp]) eben so ist eine Verpfändung nicht darum ungültig, daß sie nach dem Ablauf der Klagverjährung geschieht.[qq])

---

ll) Man muß sich hüten, die Stellen, welche von einer Befreiung des Schuldners durch Zeitablauf sprechen, z. B. L. 25 § 1 D. ratam rem hab. (46, 8) L. 38 § 4 D. de solut. (46, 3) u. a., ohne weiteres auf die Klagverjährung zu beziehen, wie es von Vertheidigern beider hier möglicher Ansichten mehrfach irrthümlich geschehen ist.

mm) Am sorgfältigsten hat diese unrichtige Ansicht ausgeführt Büchel über die Wirkung der Klagverjährung, civilr. Erört. I 1 u. II S. 255—264; [die neuere Literatur ist zusammengestellt bei Windscheid Pandekten § 112, 3.]

nn) Dieß ist die unbedenkliche Wirkung, die auch die Anhänger der entgegengesetzten Meinung annehmen könnten, ohne diese im übrigen aufzugeben. Denn diese Zurückforderung ist zuweilen ausgeschlossen, wo in der That keine Obligatio bestand, z. B. wenn die Repetitio eine sittliche Pflicht verletzen würde L. 32 § 2 D. de cond. indeb. (12, 6).

oo) A. ist B. 1000 schuldig, einige Zeit nachher wird B. dieselbe oder eine größere Summe dem A. schuldig. B. klagt seine Forderung nicht ein, weil er voraussieht, daß A. ihm die Compensation entgegensetzen, und er daher mit seiner Klage abgewiesen werden wird, in der That bedarf er der Klage nicht, um befriedigt zu werden, da er so viel zahlen muß, als er zu empfangen hat, er läßt sie verjähren. So lange hat A. mit seiner Klage gewartet, er stellt sie, die noch nicht verjährte, jetzt an. Nach der entgegengesetzten Meinung müßte B. schlechthin condemnirt werden, nach der richtigen kann er noch immer seine Gegenforderung im Wege der Exceptio in Abrechnung bringen.

pp) Die Erhaltung dieser Wirkung der Obligatio ist unzweideutig in unseren Quellen ausgesprochen, indem der hypothekarischen Klage gegen den Schuldner eine anfangs ewige, dann vierzigjährige Dauer gegeben ist, während die persönliche Klage in dreißig Jahren verjährt L. 7 pr. § 1 C. de pr. XXX ann. (7, 39).

qq) Von sonstigen Wirkungen einer Obligatio außer der Klage sind noch zu erwähnen das Constitutum und die Adpromissio, die beide eine bestehende Obligatio voraussetzen. Aber daß die Verbindlichkeit aus dem Constitutum fortdauert, wenn die Klage aus der constituirten Obligatio verjährt ist, entscheidet nichts, da sie auch durch einen wirklichen Untergang der letzten, außer der Befriedigung des Gläubigers, nicht untergeht L. 18 § 1. 3 L. 19 § 2 L. 20 D. de pec. const. (13, 5). Die Frage ist also hier nur die, ob ein Constitutum gelte, wenn der Vertrag nach abge-

CCIX. Der Schutz der Rechte, welcher die ordentliche Aufgabe der Gerichte ist, und der durch die gerichtlichen Angriffs- und Vertheidigungsmittel (Klagen und Einreden) herbeigeführt wird, hat nicht den Zweck, die Rechte selbst zu verändern, sondern sie anzuerkennen, aufrecht zu erhalten, und ihre Ausübung herzustellen. Die Veränderungen, die dabei mit den Rechten vorgehen, haben, soweit sie wirklich durch das Recht beabsichtigt sind, im Grunde nur einen formellen Charakter, der wesentliche Gehalt der Rechte soll nicht verändert werden, und sofern wirklich eine materielle Veränderung mit ihnen durch das Institut des ordentlichen Rechtsschutzes eintritt, so ist dieß eine unwillkürliche, nur nicht völlig auszuschließende Folge.

So ist oben bemerkt worden, daß in der Anhängigmachung des Rechtsstreits und in der Unterwerfung der Rechte unter das richterliche Urtheil eine Umgestaltung derselben liegt, aber die Absicht ist nicht, das Recht des Klägers und des Beklagten materiell zu ändern, jedem soll vielmehr das werden, was wesentlich in seinem Rechte liegt. Wenn ferner das ipso iure bestehende Recht durch eine entgegenstehende exceptio entkräftet wird, so erleidet es allerdings im Weg des Rechtsschutzes eine wesentliche Modification, aber doch betrifft auch diese im Grunde nur die Form, das Recht, welches durch die entgegenstehende Exceptio wirkungslos wird, bestand zwar, aber nur formell; wird der Gläubiger, dessen Forderung ipso iure aufgehoben war, durch den Richter abgewiesen, so geht mit seinem Recht durch den Proceß selbst keine Veränderung vor, weder materiell noch formell, hebt dagegen ein Umstand die Forderung nur ope exceptionis auf, so daß sie ipso iure noch besteht, so ist dieses Dasein doch nur ein formelles, materiell muß der Schuldner, so lange er die Exceptio hat, eben so gut als befreit betrachtet werden, als wenn der Umstand ipso iure wirkte.[a]) Wenn sodann der Rechtsschutz selbst beschränkt und dadurch die Rechte in ihrer Wirkung gemindert werden, wie durch die Klagverjährung, so ist es auch hier in der That die Sicherheit und Aufrechthaltung des wirklichen Rechts, die dadurch befördert werden soll, und wenn jemand in Folge jenes Instituts einen Anspruch, der ihm wirklich gebührt, durch seine Unthätigkeit verliert, so ist dieß ein Erfolg, der nicht eigentlich beabsichtigt, sondern nur ein nothwendiges Opfer ist, das den wahren Zwecken jener wohlthätigen Einrichtung gebracht werden muß. Endlich kann eine materielle Rechtsänderung die Folge des gerichtlichen Verfahrens dadurch sein, daß ein ungerechtes Urtheil gesprochen wird, natürlich aber kann dieß nicht dem Institut des rechtlichen Schutzes selbst, sondern nur der, bis auf einen gewissen Grad unvermeidlichen, Unvollkommenheit seiner Ausführung zur Last gelegt werden.

Es giebt indessen einen außerordentlichen Schutz, der geradezu die Absicht hat, die bestehenden Rechtsverhältnisse abzuändern, verlorene Rechte wiederherzustellen, vorhandene aufzuheben. Dieß ist die in integrum restitutio oder Wiedereinsetzung in den vorigen Stand. Während das sonstige gerichtliche Verfahren dazu bestimmt ist, die Rechte gegen Verletzungen, gegen das Unrecht, das der Einzelne verübt, zu schützen, so soll diese außerordentliche

---

laufener Verjährung geschlossen wird. Besondere Schwierigkeiten hat, nicht das Princip selbst, aber die Anwendung desselben bei der Adpromissio: Einfluß der Klagverjährung gegen den Hauptschuldner auf die Gültigkeit oder Fortdauer der Verbindlichkeit des Bürgen. Die Frage würde ein näheres Eingehen in die Natur dieses Rechtsverhältnisses fordern, als hier am Ort wäre.

a) L. 66 D. de R. I. (50, 17): desinit debitor esse is, qui nanctus est exceptionem iustam nec ab aequitate naturali abhorrentem. L. 112 eod.: nihil interest, ipso iure quis actionem non habeat, an per exceptionem infirmetur.

Hülfe ein Unrecht entfernen, welches eine Folge der strengen Anwendung des Rechts selbst ist, ein Unrecht also im höheren Sinn, welches uns in der Gestalt des Rechts selbst begegnet, einen Zustand, der zwar mit den Vorschriften des bestehenden Rechts, wie sie eben sind und vielleicht auch ohne Nachtheil für das Ganze nicht anders sein können, nicht in Conflict steht, gegen den aber der wahre Gerechtigkeitssinn sich auflehnt. Dem nicht völlig auszuschließenden Nachtheil, daß das Recht in seiner Anwendung auf die individuellen Fälle zuweilen in ein wirkliches Recht umschlägt, soll durch jenes Mittel abgeholfen werden.

Die processualische Seite dieses Instituts ist im dritten Buch (§ 177) dargestellt worden; dieß konnte nicht geschehen, ohne dort schon die Natur und den Begriff desselben zu entwickeln. Hier soll noch näher von den materiellen Erfordernissen die Rede sein.

Das erste dieser Erfordernisse ist ein Nachtheil (Läsion), den jemand durch das Recht erlitten hat. Darin liegt 1), daß ihm das ordentliche Recht nicht selbst eine Hülfe dagegen gewährt, denn in diesem Fall ist er nicht durch das Recht verletzt.[b]) Wenn daher ein Unmündiger ohne seinen Tutor ein ihn verpflichtendes Rechtsgeschäft vorgenommen hat, so ist die Restitution undenkbar, da das Geschäft nicht zu Recht besteht; eben so, wenn jemand in einem Vertrag so übervortheilt ist, daß ihm gegen die Geltendmachung desselben die exceptio doli zusteht; 2) daß der Nachtheil nicht ein außer dem Bereich des Rechts, außer Causalzusammenhang mit dem eingegangenen juristischen Verhältniß, also daß er nicht ein rein zufälliger sei, wie z. B. wenn eine Erbschaft angetreten worden wäre, bei der damals die Activa die Passiva weit überstiegen, nachher aber durch nicht vorherzusehende und unvermeidliche Verluste das Verhältniß sich umgekehrt hat;[c]) 3) daß der Verletzte sich nicht durch eine tadelnswerthe Handlungsweise den Nachtheil selbst zugezogen hat, denn auch hier kann er nicht dem Recht die Schuld seines Verlustes beimessen.[d])

Das zweite Erforderniß ist die Existenz einer iusta causa, eines Grundes, der es zu einer Forderung der höheren, über die Grenzen des strengen Rechts hinausgehenden Gerechtigkeit macht, eine Hülfe zu gewähren. Dieser Restitutionsgrund muß in dem Verhältniß zur Läsion stehen, daß er sie hervorgebracht hat.[e]) In dieser Beziehung zerfallen die Restitutionen in zwei Classen: die eine bildet die Restitution der Minderjährigen, die andere enthält die Restitutionen, die von diesem Alter unabhängig sind, also den Großjährigen zu Theil werden können.[f])

Wenn ein minor xxv annis, den das Recht als eine vollkommen handlungsfähige Person anerkennt, und dem es auch die eigene Verwaltung seines Vermögens nicht ohne seinen Willen entzieht (da er keinen Curator wider seinen Willen erhält), durch die Unerfahrenheit und den leichten, momentanen Eindrücken geöffneten Sinn — die natürlichen, und darum nicht tadelnswerthen Begleiter des jugendlichen Alters —, in rechtlichen Nachtheil geräth, so will der Prätor, ohne hier nach einem andern Grund zu fragen (wenn auch nicht

---

b) L. 16 D. de minor. (4, 4): — si communi auxilio et mero iure munitus sit, non debet ei tribui extraordinarium auxilium.

c) L. 11 § 4. 5. D. eod.

d) L. 16 D. ex quib. caus. mai. (4, 6).

e) L. 44 D. eod. L. 11 § 4 D. de minor. (4, 4).

f) Eine Zusammenstellung der Gründe enthalten L. 1. 2 D. de in integrum rest. (4, 1) Paulus sent. I 7: de integri restitutione § 2.

ohne Ausnahme) ihn in integrum restituiren.[g]) Auf diese Weise sollte die Collision des Rechts, welches den Minderjährigen in die Reihe der selbstthätig in den rechtlichen Verkehr eingreifenden Personen stellt, mit der Natur, die ihnen die factische Fähigkeit dazu nicht vollkommen gewährt, ausgeglichen werden. Zuerst ist dem Alter unter 25 Jahren eine juristische Bedeutung gegeben worden durch die Lex Plätoria,[h]) weßhalb die maior aetas von den römischen Juristen schlechtweg legitima aetas genannt wird. Die Zeit des Gesetzes wird nicht angegeben, doch muß es schon in der Mitte des sechsten Jahrhunderts bestanden haben,[i]) und es ist wahrscheinlich, daß es nicht viel früher gegeben worden ist: der Charakter des Gesetzes entspricht jener Zeit, und auch die Anspielungen des Plautus passen vorzugsweise auf ein Gesetz, das seit kurzem einer gewissen Classe von Leuten, deren Treiben dadurch gestört wurde, viel zu reden gab. Das Gesetz schrieb vor, daß die Uebervortheilung eines Minderjährigen eine öffentliche Anklage gegen den Betrüger zur Folge haben sollte, mit der Wirkung der Infamia für den Verurtheilten.[k]) Natürlich wurde der Minderjährige auch gegen die Wirkungen des Rechtsgeschäfts in Schutz genommen, in dem er übervortheilt worden war, er konnte der Klage daraus den Einwand entgegenstellen, den Plautus (Note i) erwähnt, und der noch in einer Stelle des Paulus vorkommt.[l]) Die Prätoren nun nahmen den Schutz, den das Gesetz den Minderjährigen gab, auf, aber sie gingen noch viel weiter; während die Lex Plätoria einen Dolus des Gegners voraussetzt, erklärten sie den Erfolg selbst, die Benachtheiligung des minor durch ein Rechtsgeschäft, für hinreichend, ihm unter Umständen in dem außerordentlichen Weg der in integrum restitutio Anspruch auf Hülfe zu geben.

Ein zweiter Grund der Restitution, den die römischen Juristen unter der Rubrik: ex quibus causis maiores XXV annis in integrum restituuntur behandeln, ist die Abwesenheit.[m]) Der Prätor verspricht die Restitution dem, 1) der aus begründeter Furcht oder in öffentlichem Dienst (reipublicae causa) abwesend, oder im Gefängniß, im Zustand der Knechtschaft, in feindlicher Gewalt war, und durch dieses Hinderniß ein Recht verloren oder versäumt hat; 2) der dadurch, daß sein Gegner, ohne einen Defensor zu haben, abwesend, oder im Gefängniß war, oder sich verborgen hielt, oder weil derselbe nicht wider Willen in ius vocirt werden konnte, etwas versäumt oder verloren hat (z. B. durch Usucapion von Seiten desselben); 3) dem ein Hinderniß in der Person des Magistrats einen solchen Verlust zugezogen hat; 4) der Prätor behält sich vor, noch aus andern Gründen zu restituiren.[n]) Die letzte allgemeine Clausel bezieht sich zunächst auf andere Fälle der Abwesenheit, außer den speciell aufgezählten, wofür die Regel gegeben wird, daß jede nicht freiwillige einen Grund

---

g) Quod cum minore quam viginti quinque annis natu gestum esse dicetur, uti quaeque res erit animadvertam L. 1 § 1 D. de minorib. (4, 4).

h) L. 2 C. Th. de donat. (8, 12): — annos plaetoriae legis egressus —.

i) Plautus (gest. 570) meint es ohne Zweifel im Pseudolus I 3, 69: lex me perdit quina vicenaria, metuunt credere omnes. Auch im Rudens V 3, 24 sqq. bezieht er sich darauf: cedo qui cum habeam iudicem, ni dolo malo instipulatus sis nive etiam dum siem quinque et viginti annos natus.

k) Cic. de nat. deor. III 30, offic. III 15 Lex Iulia munic. (tab. heracl. Z. 111 f.). [Vgl. Huschke, Zeitschrift für Rechtsgeschichte XIII (1878) S. 311 ff.]

l) L. 7 § 1 D. de except. (44, 1).

m) Das Edict steht in L. 1 § 1 D. ex quib. caus. mai. (4, 6).

n) Diese generalis clausula lautet a. a. O. so: item si qua alia mihi iusta causa esse videbitur, in integrum restituam, quod eius per leges plebiscita senatusconsulta edicta decreta principum licebit.

abgeben kann, und auch eine freiwillige, wenn dem Abwesenden keine Nachlässigkeit in der Bestellung eines Procurators, wodurch der Verlust hätte verhütet werden können, zur Last fällt, vorausgesetzt, daß diese Abwesenheit auf löblichen Motiven beruht;[o] sie wurde aber auch auf andere unfreiwillige Hindernisse, wodurch die Ausübung eines Rechts versäumt worden ist, angewendet.[p]

Wenn jemand durch Drohung (vis ac metus) zu einer ihm nachtheiligen Handlung vermocht worden ist, so ist die Handlung nicht nichtig: quia quamvis, si liberum esset, noluissem, tamen coactus volui.[q] Aber es wäre contra bonos mores, ein solches Geschäft aufrecht zu erhalten. Ist durch den Zwang die Abschließung eines bonae fidei negotium veranlaßt, so liegt eine Hülfe schon in der rechtlichen Natur des Geschäfts, der Richter kann den Gezwungenen nicht condemniren.[r] Anders wenn der Zwang die Aufhebung einer Obligation (auch einer bonae fidei obligatio),[s] oder die Vornahme eines andern Geschäfts bewirkt hat,[t] hier interponirt sich der Prätor.[u] Er giebt gegen jeden, der das metus causa gestum geltend macht (z. B. die erzwungene Stipulation, den erzwungenen Erbschaftsantritt), die exceptio metus,[v] ist aber dem Gezwungenen schon etwas entgangen, so steht ihm die actio quod metus causa zu auf Ersatz, und wenn der Beklagte nicht auf das arbitrium iudicis restituirt, auf das Vierfache; auch sie ist in rem scripta, sie geht nicht bloß gegen den Zwingenden, sondern auch gegen einen dritten Inhaber des abgezwungenen Gegenstandes;[w] oder er erhält die durch das erzwungene Geschäft verlorenen Klagen als utiles oder restitutoriae.[x]

Der Umstand, daß jemand bei der Vornahme eines Geschäfts betrogen worden ist, schützt ihn gegen die daraus abgeleiteten Ansprüche des Betrügers in einem bonae fidei iudicium. In andern Fällen (mit wenigen Ausnahmen, z. B. nach der Lex Plätoria) gewährte das Ius civile keine Hülfe.[y] Der Prätor aber schützte den Betrogenen auch in einem strictum iudicium gegen den Betrüger durch die exceptio doli,[z] und wenn ihm etwas schon entgangen

---

o) L. 26 § 9 L. 28 pr. § 1 D. ex quib. caus. mai. (4, 6). Auch auf Wahnsinnige, infantes und juristische Personen hat schon Labeo die Restitution wegen Abwesenheit angewendet, so daß diese als juristisch abwesend gelten L. 22 § 2 eod.

p) L. 1 § 9 D. de itin. (43, 19).

q) L. 21 § 5 D. quod. metus causa (4, 2).

r) L. 116 pr. D. de R. I. (50, 17).

s) L. 21 § 4 D. quod metus causa (4, 2).

t) Z. B. Antritt oder Repudiation einer Erbschaft L. 21 § 5. 6 D. eod., oder eine Stipulation, eine Eigenthumsübertragung ꝛc. L. 9 § 2 sqq. eod.

u) Das Edict lautet: quod metus (ursprünglich quod vi metusve) causa gestum erit, ratum non habebo L. 1 pr. D. eod.

v) L. 9 § 3 D. eod. Sie ist in rem: si in ea re nihil metus causa factum est (ohne den Zusatz ab actore), es ist genug, daß der Kläger seinen Anspruch aus der erzwungenen Handlung ableitet, wenn er auch an dem Zwang selbst ganz unschuldig ist L. 4 § 33 D. de doli m. et metus except. (44, 4).

w) L. 9 § 8 L. 14 § 1—4 D. quod metus (4,2). Cicero (Verr. III 65. Vgl. ad. Q. fratr. I 1, 7) nennt diese Klage: quod per vim aut metum abstulisset, die formula octaviana. [Ein Consul L. Octavius kommt 679, ein anderer Cn. Octavius 678 vor. Gewöhnlich hält man ersteren für den Urheber. Das Vierfache und die Ausdehnung gegen Dritte ist den leges repetundarum entlehnt, in welchen ein caput: quo ea pecunia pervenerit schon seit der lex servilia stehend war. Vgl. Rudorff über die octavianische Formel, Zeitschrift für gesch. Rechtswiss. XII 3. R.] Ob diese Rechtsmittel, exceptio und actio quod metus causa, noch wahre Restitutionen genannt werden können, darüber s. § 177. [Schloßmann zur Lehre vom Zwange 1874 S. 94 ff.]

x) L. 9 § 4. 6 L. 21 § 6 D. quod metus c. (4, 2).

y) Cic. offic. I 10 III 15.

z) L. 1 § 1 L. 2 § 1 D. de doli exc. (44, 4). Ulpian. (L. 4 § 33 eod.) nennt einen

war, das durch kein anderes Rechtsmittel wieder erlangt werden konnte, durch die actio doli;[aa]) kann indessen durch einfache Aufhebung eines Umstands oder Herstellung einer verlornen Klage geholfen werden, so wird dieser Weg vorgezogen.[bb])

Ein Thun oder Unterlassen kann durch ignorantia oder error (Nichtwissen oder Falschwissen eines Umstands, der auf unsere Handlung von Einfluß ist) veranlaßt, und dadurch ein rechtlicher Nachtheil für den Irrenden oder Unwissenden entstanden sein. Ein Irrthum ist auch mit dem Betrug verknüpft, denn dieser ist die absichtliche Hervorbringung oder Benutzung des Irrthums eines Andern zu einem rechtswidrigen Zweck; wir sprechen hier von dem Irrthum, welcher von dem Dolus eines andern unabhängig ist. In gewissen Fällen befreit der Irrthum von dem Nachtheil, der daraus entstehen könnte, vermöge gemeiner Rechtsvorschrift, wie wenn eine Frist, auf welche eine Handlung beschränkt ist, nicht laufen soll, wenn die Person nicht von den Thatsachen, die sie zu der Handlung berechtigten, unterrichtet ist,[cc]) oder wenn das Recht dem Irrenden eine Klage giebt, um das Verlorene wieder zu erlangen, z. B. die condictio indebiti dem, der etwas gegeben hat, was er irrig glaubte schuldig zu sein. Wo nun dieß nicht der Fall ist, da kann die außerordentliche Hülfe der in integrum restitutio eintreten (ob iustum errorem), vorausgesetzt nämlich, daß die Hülfe als eine dringende Forderung der höheren Gerechtigkeit erscheint. So wenn jemand durch ein Geschäft mit einem Pupillen unter Mitwirkung eines angeblichen Tutor, der es wirklich nicht war und das Geschäft daher nicht bestätigen konnte, in Nachtheil gekommen ist,[dd]) ebenso in einigen andern Fällen;[ee]) mehr als bei andern wird dieser Restitutionsgrund wirksam bei solchen Personen, deren Name oder Beruf eine Unwissenheit in gewissen Sphären mit sich bringt, so bei Frauenspersonen,[ff]) bei Soldaten,[gg]) endlich bei Personen eines Standes und Berufs, der den Mangel an hinreichender Bildung überhaupt (rusticitas) entschuldigt.[hh]) Als Regel ist stets festzuhalten, daß der Irrthum, durch den sich jemand hat zu einer Handlung oder Unterlassung verleiten lassen, die Rechtsbeständigkeit des daraus hervorgegangenen Zustandes nicht beeinträchtigt, und daß auch durch Restitution nur in den dringendsten Fällen, wo ihre Versagung eine Ungerechtigkeit wäre, geholfen

---

Prätor Cassius, der diese Exceptio proponirt habe noch ohne die exceptio metus, die erst später hinzugekommen sei. [Daraus folgt aber nicht, daß Cassius der Erfinder war. Schon Q. Mucius proponirte als Statthalter von Asien eine ähnliche exceptio gegen Klagen aus verdächtigen syngraphae Cic. ad Att. VI 1. Ja schon Plautus kennt eine Sponsion wegen Dolus des Klägers § 170 Note q. R. — Vgl. Voigt Ius naturale III Note 1414.]

aa) Dieses iudicium de dolo malo hat zuerst Aquilius 688 proponirt, s. Bd. I § 97 S. 24 f. Das Edict lautet so: quae dolo malo facta esse dicentur, si de his rebus alia actio non erit, et iusta causa esse videbitur, iudicium dabo L. 1 § 1 D. de dolo malo (4, 3). [Valerius Probus: D. M. F. V. C. C. = dolo malo fraudisve causa commissa. R.]

bb) L. 7 § 1 D. de in int. rest. (4, 1) L. 33 D. de re iud. (42, 1).

cc) Z. B. L. 2 pr. D. quis ordo (38, 15).

dd) Das Edict lautet so: Quod eo tutore auctore, qui tutor non fuerit, (gestum esse dicetur) si id actor ignoravit, dabo in integrum restitutionem L. 1 § 1. 6. D. quod falso tutore (27, 6).

ee) Z. B. L. 1 § 17 De de separat. (42, 6) L. 2 D. de confess. (42, 2) Cai. IV 53 u. a.

ff) Früher in ausgedehnterem Maße L. 3 C. Th. de integri rest. (2, 16), später beschränkt L. 13 C. de iuris et facti ignor. (1, 17).

gg) Abgesehen davon, daß sie als rei publicae causa absentes die Restitution wegen Abwesenheit haben können.

hh) L. 1 § 5 D. de edendo (2, 13).

werden kann.[ii]) Ueberdieß setzt die Restitution, auch wo sie eintreten kann, stets voraus, daß der Irrthum entschuldbar (tolerabilis) ist. Nicht entschuldigt wird der error iuris, die Nichtkenntniß eines Rechtssatzes, welcher Rechtskundigen unzweifelhaft ist, und für jeden Andern durch die Möglichkeit der Belehrung es werden kann. Nur wird unter Umständen den Frauen, Soldaten und Ungebildeten ein Rechtsirrthum nachgesehen.[kk]) Entschuldbar kann sein der error facti, die Nichtkenntniß einer Thatsache,[ll]) aber auch dieser ist es nicht, wenn er eine tadelnswerthe Nachlässigkeit oder ungewöhnliche Unwissenheit zur Quelle hat.[mm]) So wird daher ein error iuris zuweilen zu entschuldigen, ein error facti zuweilen unentschuldbar sein.[nn])

Das Institut der in integrum restitutio ist ein unentbehrliches, auch bei der vollkommensten Ausbildung des Rechts nach der Seite der individuellen Bedürfnisse hin wird noch stets ein Raum für jene außerordentliche Hülfe übrig bleiben. Zugleich aber läßt sich nicht verhehlen, daß ein allzuhäufiges und freies Eingreifen in die bestehenden rechtlichen Zustände auf diesem Wege die Sicherheit des Rechts erschüttern und die Wohlthat der rechtlichen Ordnung schmälern oder vernichten würde. Dieser Gefahr soll eine möglichst bestimmte Theorie des Instituts selbst vorbeugen, aber auch gewisse besondere Beschränkungen sind in diesem Sinn festgesetzt worden.

So sind eine Reihe von Fällen ausgenommen, in welchen keine Restitution, auch wenn die sonstigen Erfordernisse vorhanden wären, stattfinden soll. Die wichtigste dieser Ausnahmen bildet die dreißig- und mehrjährige Verjährung. Bei der kürzeren ist die Restitution gegen ihren Ablauf, eine geeignete iusta causa vorausgesetzt, zulässig.[oo]) Bei der Einführung jener Verjährung entnahmen sie die Gesetzgeber, da durch eine so lange Zeit für jedes Interesse des Klägers gesorgt war, wie billig der Restitution, sie wollen, daß der Beklagte nun auch völlig und unter allen Umständen gegen die Klage sicher sein soll.[pp])

Eine zweite Beschränkung liegt darin, daß die Restitution innerhalb einer gewissen kurzen Zeit gesucht werden muß, durch deren Ablauf der Anspruch darauf und die Möglichkeit, die Veränderung des Rechtszustandes dadurch zu bewirken, verloren geht. Diese Zeit ist nach dem vorjustinianischen Recht ein annus utilis, sie beginnt bei Minderjährigen mit dem Zeitpunkt der Volljährig-

---

ii) So ist namentlich bei der Klagverjährung die Kenntniß des Klägers von der Zuständigkeit der Klage unerheblich, die Verjährung beginnt nicht erst von der Zeit seiner Kenntniß, und dieß gilt mit sehr wenigen Ausnahmen auch von dem utile tempus. Aber auch eine Restitution der verjährten Klage auf den bloßen Irrthum hin ist nicht gestattet.

kk) L. 2. 9 pr. § 1 D. de iuris et facti ign. (22, 6).

ll) L. 1. 9 pr. D. eod. Wer z. B. eine Person für den Tutor des Pupillen hält (Note dd), ungeachtet er sehr wohl weiß, daß sie dazu weder durch Gesetz, noch Testament, noch durch die Obrigkeit berufen ist, indem er meint, die Tutel könne noch auf andere Art entstehen, befindet sich in einem error iuris und erhält keine Restitution. Glaubte er dagegen fälschlich, der angebliche Tutor sei wirklich auf eine gesetzmäßige Weise berufen, so ist dieß ein factischer Irrthum.

mm) L. 3 § 1 L. 6. 9 § 2 D. eod. L. 4 D. quod vi (43, 24): — ne melioris condicionis sint stulti quam periti.

nn) Die Lehre vom Irrthum in ihrem ganzen Umfang hat auf ihre wahre Gestalt zurückgeführt Savigny System III Beil. VIII.

oo) Die Restitution wegen Minderjährigkeit fällt weg, seit Justinian verordnet hat, daß den minores die Verjährung unter dreißig Jahren ipso iure nicht laufen soll L. 5 C. in quib. caus. i. i. r. necessaria non est (2, 40).

pp) L. 3. 4 C de pr. xxx ann. (7, 39) vgl. den Schluß der L. 5 C. cit.

keit,[qq]) bei Abwesenden mit der Rückkehr,[rr]) in den übrigen Fällen muß nach Analogie der Klagverjährung der Moment, wo die Restitution veranlaßt ist, also die Läsion selbst, ohne Rücksicht auf die Kenntniß des Berechtigten, als Anfang angenommen werden. Constantin verordnete, daß Minderjährige die Restitution in Rom bis zum vollendeten dreißigsten Jahr ihres Alters, im übrigen Italien bis zum Schluß des neunundzwanzigsten, in den Provinzen bis zum zurückgelegten achtundzwanzigsten haben sollten.[ss]) Dieses Gesetz hob Justinian auf, und setzte für alle Restitutionen an die Stelle des annus utilis ein quadriennium continuum, das übrigens (bei der Restitution wegen Minorennität und Abwesenheit, bei den andern verstand sichs von selbst) von demselben Zeitpunkt, wie der annus utilis, beginnen soll.[tt])

---

qq) L. 19 D. de minor. (4, 4).
rr) L. 1 § 1 D. ex quib. c. mai. (4, 6) L. 5 C. eod. (2, 53).
ss) L. 2 C. Th. de integri rest. (2, 16).
tt) L. 7 C. de tempor. in int. rest. (2, 52).

Zweites Kapitel.

Von dem Recht der Persönlichkeit.

Voraussetzungen.

CCX. Die Persönlichkeit des Menschen ist ein Recht, das ihm zusteht (§ 207). Die Verletzung dieses Rechts kann ein absolutes Unrecht, ein Delict, sein, aber auch ein relatives, unter dem Schein des Rechts bestehendes (vgl. Bd. I S. 41 f.). Das Letztere setzt voraus, daß einem Menschen mit dem Schein des Rechts die Persönlichkeit bestritten werden kann, die Persönlichkeit überhaupt oder ein gewisser Grad derselben, daß also ihr Gegensatz im Recht anerkannt sei, mit andern Worten, daß die Persönlichkeit oder ein gewisser Grad derselben nicht nothwendig allen Menschen zukomme. Beides ist nach römischem Recht der Fall. Von den Rechtsmitteln, mit denen die Persönlichkeit angefochten, und durch die sie auf der andern Seite geltend gemacht werden kann, wird am Ende dieses Kapitels gehandelt werden.

Das Recht der Persönlichkeit setzt im allgemeinen zweierlei voraus: die Existenz 1) eines Subjects, dem die Persönlichkeit beigelegt ist, 2) einer Rechtsvorschrift, die sie ihm gewährt.

Das Subject ist der Mensch, die Existenz des menschlichen Individuums ist daher ein wesentliches Erforderniß für die Entstehung des Rechts der Persönlichkeit. Eine Person entsteht erst mit der Geburt, vor derselben hat der Mensch noch kein selbständiges Dasein, er ist ein Theil der Mutter,[a]) das Kind muß nach der Trennung von der Mutter gelebt haben,[b]) und menschliche Gestalt tragen.[c]) Auch die momentane Existenz einer Person kann in den Rechtsverhältnissen eine bedeutende Aenderung bewirken, z. B. ein nachgebornes Kind, welches in dem Testament des Vaters präterirt ist, vernichtet es in dem Moment, wo es als Person zum Dasein kommt, wenn es auch gleich im nächsten Augenblick stirbt. Die Proculianer, die überhaupt diese Vernichtung

---

a) L. 1 § 1 D. de inspic. ventre (25, 4): — partus antequam edatur, mulieris portio est vel viscerum.

b) L. 129 D. de V. S. (50, 16).

c) Monstra oder prodigia sind keine Personen, aber nicht jede Abweichung von der regelmäßigen Bildung (ostentum L. 38 D. de V. S.) hat diese Wirkung, sondern nur, wenn sie so bedeutend ist, daß das Prädicat eines menschlichen Wesens für den Partus wegfällt L. 3 C. de postumis (6, 29) L. 14 D. de statu hom. (1, 5).

des Testaments, wo sie für den Präterirten selbst kein Interesse hat, einzuschränken suchten,[d]) erschwerten den Beweis einer lebendigen Geburt durch das Erforderniß des Schreiens, jeden andern Beweis des Lebens eines bald nach der Geburt todten Kindes hielten sie für unzuverlässig.[e]) Unzweifelhaft dagegen ist es, daß eine Fehlgeburt, abortus, keine Person zum Dasein bringt,[f]) ein Abortus ist es aber auch, wenn das unreife Kind bei der Geburt und einige Zeit nachher gelebt hat, ohne doch den Grad der Ausbildung zu haben, der zu einem selbständigen Leben außer der Mutter wesentlich gehört. Uebrigens, wenn gleich zur Entstehung einer Person die Geburt in der jetzt festgestellten Art erforderlich ist, wird doch schon bei dem noch in Mutterleib Befindlichen die Möglichkeit der künftigen Persönlichkeit anerkannt, und, wenn er geboren wird, die Geburt, wo es seinen persönlichen Zuständen vortheilhaft ist, auf den ihm günstigsten Moment der Schwangerschaft zurückbezogen.[g])

Was nun die Rechtsvorschrift anlangt, welche in dem Subject, das auf die angegebene Art zum Dasein kommt, die Persönlichkeit anerkennt, so hat den Römern ein Zustand vorgeschwebt, wo dieser Rechtssatz ganz allgemein lautete, allen Menschen Rechtsfähigkeit und allen auf gleiche Weise zuerkannt wurde. Es war nach ihrer Ansicht die Zeit der ausschließlichen Herrschaft des ius naturale in dem besonderen Sinn des Worts (Bd. I § 9 Note a). Aber schon das ius gentium hat dieß geändert, es statuirt Menschen ohne Rechtsfähigkeit, Sclaven, und damit drei Classen von Menschen: Freie (von Geburt), Sclaven, Freigelassene.[h]) Diese Unterschiede hat das ius civile noch vermehrt, es hat den Vorzug der cives, und damit die Classification in cives, latini, peregrini hervorgebracht, endlich die Unterschiede der Persönlichkeit, welche durch die Gewalt: potestas, manus, mancipium, worin ein Mensch stehen kann, begründet werden, und damit die Classification in homines sui iuris und homines alieno iuri subiecti.

Die Stellung der Menschen im Recht, welche die Persönlichkeiten bedingt, ist daher eine verschiedene. Die Römer nennen diese Stellung status hominum, ius personarum, condicio hominis, die Person selbst, bei der diese Stellung zur Sprache kommt, heißt caput. Drei Momente sind es, die den Status bestimmen: libertas, civitas, familia. Die erste Bedingung einer activen Stellung im Recht ist die Freiheit; wem diese fehlt, dem kann überhaupt kein status zugeschrieben werden, daher ein Sclave, der frei wird, hodie incipit statum habere.[i]) Die zweite ist die Civität, sie setzt die erste voraus, nur der Freie kann Civis sein; aber nicht jeder Freie ist es, man kann den durch die Freiheit bedingten Status ohne den durch die Civität bedingten haben. Die dritte Bedingung ist die Familia, sie setzt die erste und zweite Bedingung voraus, nur der Civis hat eine Familia; wie aber aus der Freiheit nicht nothwendig die Civität folgt, so schließt auch die Familie zwar die Civität ein, aber die Civität nicht nothwendig die Familie, jene kann fortdauern, während diese verloren geht.[k])

---

d) Gai. II 123.

e) Justinian hat die entgegengesetzte Meinung der Sabinianer adoptirt, wodurch ganz zwecklos (da es sich hier nicht um das Interesse des Kinds handelt) die Vernichtung der Testamente begünstigt wurde L. 3 C. de postum. (6, 29).

f) L. 2 C. eod.

g) L. 7. 26 D. de statu hom. (1, 5). Eine Anwendung s. § 211 Note o.

h) L. 4 D. de I. et I. (1, 1).

i) L. 4 D. de capite min. (4, 5).

k) L. 11 D. eod.

Diese Begriffe sollen in den folgenden Abschnitten näher erörtert werden, einstweilen ergiebt sich, daß die Entstehung des Rechts der Persönlichkeit, wovon wir ausgegangen sind, zwei Fragen in sich schließt: 1) welches sind die allgemeinen Voraussetzungen desselben? 2) wie erlangt der Mensch einen gewissen Status? Auf die erste ist die Antwort vorhin gegeben worden, die zweite wird bei den einzelnen Status zu beantworten sein. Zuletzt wird die Lehre von dem Verlust des Status dargestellt werden.

A. Libertas.

a. Die Sclaven.

CCXI. Nach ältestem wie nach neuestem römischen Recht giebt es Menschen, die nicht in die Ordnung der Freien gehören. Dieß sind die Sclaven, servi. Darum eben bildet die Freiheit einen besonderen Status.

Sclave ist ein Mensch entweder von Geburt, oder er ist es durch den Verlust der Freiheit geworden.[a]) Von diesem letzten Fall wird unten bei der capitis deminutio (§ 220) gehandelt werden, nur eine Art des Freiheitsverlustes ist, als die ursprüngliche Entstehung der Sclaverei, schon hier zu erwähnen: die Gefangenschaft. Es ist ein Satz des Jus Gentium, daß die, welche in die Gewalt eines fremden Volkes kommen, Sclaven werden; der gewöhnliche Fall ist der der Kriegsgefangenschaft, aber es ist nicht der einzige; die beiden Völker brauchen nicht im Krieg mit einander zu sein, wenn nur kein Band freundlichen Verkehrs zwischen ihnen besteht,[b]) während auf der andern Seite der bloße Kriegsstand jene Wirkung nicht hat: die in Bürgerkriegen Gefangenen werden nicht Sclaven.[c]) Eben so wenig die von Räubern Gefangenen.[d])

Durch Geburt ist Sclave das Kind einer Sclavin, gleichviel welches Standes der Vater ist.[e]) Es ist nämlich das natürliche Princip, die regula iuris gentium, daß das Kind dem Stand der Mutter folge, über die ja auch allein natürliche Gewißheit überall möglich ist (§ 195). Dieser Grundsatz ist durch das Jus civile in gewissen Fällen außer Anwendung gesetzt worden. Eine allgemeine Vorschrift des Jus civile ist, daß, wo Connubium zwischen Vater und Mutter besteht, das Kind dem Vater folgt;[f]) diese Ausnahme kann hier nicht eintreten, weil Sclaven nie Connubium haben. Dagegen giebt es einige besondere Bestimmungen, welche bewirken, daß der von einer Sclavin Geborne frei, der von einer Freien Geborne Sclave ist. So nach einem S. C. Claudianum, welches drei hierher gehörige Vorschriften enthielt:[g]) 1) wenn ein Freier mit einer Sclavin, die er für frei hält, Kinder erzeugt, so sollen nur die weiblichen der Mutter folgen, die männlichen frei sein; dieß hat schon Vespasian wieder aufgehoben, und die Regel des Jus Gentium wiederhergestellt. 2) Wenn eine Freie mit einem fremden Sclaven unter Zustimmung seines Herrn ein Contubernium schließt, so soll durch Vertrag festgesetzt werden können, daß ihre Kinder Sclaven werden, während sie selbst frei bleibt;[h])

---

a) § 4 I. de iure person. (1, 3).
b) L. 5 § 2 D. de captiv. (49, 15).
c) L. 21 § 1 D. eod.
d) L. 19 § 2 L. 24 D. eod.
e) Gai. I 82.
f) Gai. I 80 Ulpian. V 9 L. 24 D. de statu hom. (1, 5).
g) Gai. I 84—86.
h) Nur in den Stand einer Freigelassenen kommt sie durch ein solches Contubernium Tac. annal. XII 53 Paul. sent. IV 10, 2.

diese Abweichung von den Regeln des Rechts hat Hadrian beseitigt. 3) Die Hauptbestimmung des S. C. Claudianum, an die sich jene anknüpften, war, daß eine Freie, die sich wissentlich mit einem fremden Sclaven ohne den Willen des Herrn einließ, und in diesem Umgang ungeachtet dreimaliger Denuntiatio von Seiten des Herrn (oder seines Vormundes, oder Bevollmächtigten, und wenn der Sclave einem Municipium gehört, sogar ohne eine solche Ankündigung) beharrt, dem Herrn durch die Obrigkeit als Sclavin zugesprochen werden soll;[i]) ihre von dem fremden Sclaven erzeugten Kinder werden Sclaven, auch wenn sie vor der Adjudication der Mutter geboren wären, für diese Wirkung also ist es hinreichend, daß die Mutter die Eigenschaft des Vaters gekannt, und ohne Zustimmung seines Herrn sich mit ihm eingelassen hat. Erst Justinian hat auch diesen Theil des Senatusconsults aufgehoben.[k])

Nun kann während der Dauer der Schwangerschaft die Mutter frei und unfrei gewesen sein. Hier wird als Regel aufgestellt: bei Kindern, die in rechter Ehe erzeugt sind und daher dem Stand des Vaters folgen, entscheidet die Zeit der Empfängniß, bei andern die Zeit der Geburt.[l]) Wird daher eine schwangere Sclavin frei, so ist das Kind nicht Sclave.[m]) Umgekehrt, wenn die Mutter während der Schwangerschaft Sclavin wird und als solche gebiert, ist nach jener Regel zu unterscheiden, ob das Kind in rechter Ehe empfangen worden ist oder nicht; im ersten Fall ist es frei, folgt es dagegen der Mutter, so ist es Sclave.[n]) Hier indessen ist eine andere Ansicht aufgekommen, die gegen das Ende der dritten Periode als die unzweifelhaft recipirte dargestellt wird: non debet calamitas matris nocere ei, qui in ventre est, der von der Freien Empfangene, von der Sclavin Geborne soll frei sein, ja wenn die Mutter zur Zeit der Conception und der Geburt Sclavin war, soll selbst eine momentane Freiheit derselben während der Schwangerschaft das Kind der Sclaverei entreißen.[o])

CCXII. Es giebt einen doppelten Weg, uns die Disposition über die Kräfte anderer Menschen, deren wir bedürfen, zu verschaffen. Der eine ist der des freien Verkehrs, welcher die Freiheit der uns dienenden Person nicht antastet, die Eingehung von Obligationen, wodurch wir den Gebrauch der Kräfte und Geschicklichkeiten eines Andern oder ihr Resultat gegen andere Leistungen von unserer Seite eintauschen: Miethe von Diensten, Kauf von Fabricaten u. s. f. Der andere ist die Unterwerfung solcher Personen, welche uns die Macht gewährt, über ihre Kräfte zu unserem Vortheil zu disponiren, zugleich aber die Persönlichkeit des Unterworfenen beeinträchtigt. Diese Unterwerfung läßt sich mit Beschränkung auf gewisse Zwecke, z. B. auf die Bebauung des Landes denken, wie bei leibeigenen Bauern, was die Folge hat, daß jene Unterwerfung, eben weil sie eine bestimmte und beschränkte Richtung hat, die Freiheit des Unterworfenen nicht völlig aufhebt. Aber die Unterwerfung kann auch eine unbeschränkte sein, indem der Unterworfene mit seinem ganzen äußeren

---

i) Die vollständigste Darstellung dieses Rechtssatzes findet sich bei Paul. sent. II 21 a. (In § 3 ist die Lücke so auszufüllen: mulier etsi *sub tutela est*, tamen ei etc. Vgl. § 2).

k) § 1 I. de sucess. subl. (3, 12).

l) Gai. I 88. 89. 94 Ulpian. V 10.

m) Paul. sent. II 24, 1.

n) Gai. II 91.

o) Paul. sent. II 24, 2. 3 L. 5 § 2. 3 L. 18 D. de statu hom. (1, 5) vgl. § 210 Note g.

Dasein nur als Mittel für die Zwecke des Gewalthabers behandelt, und damit seine Persönlichkeit gänzlich absorbirt wird. Dieß ist das Institut der Sclaverei, welches auf die Gestaltung des häuslichen, ja auch des öffentlichen Lebens im römischen Volk einen unermeßlichen Einfluß hatte. Daß Freie und Bürger ihre Kräfte auf dem Vertragsfuß ihren Mitbürgern dienstbar machten, dazu war in der Regel nur gegenüber den ärmeren Classen eine Veranlassung vorhanden, deren Bedürfnisse in dieser Hinsicht auf der andern Seite durch ihre Armuth beschränkt waren, der Wohlhabende fand seine Diener, die Handwerker, deren er bedurfte, die Erzieher seiner Kinder u. s. f. in der Reihe seiner Sclaven. Man preist den republicanischen Sinn, das politische Freiheitsgefühl der Alten, aber diese Vorzüge bestanden großentheils auf Kosten unterdrückter Mitmenschen, die dem Bürger die beengenden Sorgen des Hauswesens und die niederbeugenden Beschäftigungen abnahmen, welche das Abhängigkeitsgefühl begünstigten. Die Freiheit der Alten war eine solche, die eine Unfreiheit Anderer als Unterlage und Folie forderte, viel höher steht die der neueren Zeit als Ziel gesetzte, welche eine allgemeine sein soll, eben darum aber auch einen anderen Gehalt und eine andere Form haben muß, als die der Alten.

Der Sclave ist völlig rechtsunfähig, nicht bloß nach ius civile, sondern auch nach ius gentium, denn die Sclaverei gehört nicht bloß jenem Recht an, sie ist selbst iuris gentium. Er zählt nicht unter den Personen,[a]) die Sclaverei nimmt den Menschen aus der Reihe der berechtigten Wesen hinweg,[b]) sie macht ihn zu einer Sache, gleich dem Thier, und zum Gegenstand des Eigenthums und der willkürlichen Disposition von Seiten des Herrn.

Die Imperatoren fanden sich veranlaßt, die Härte und Grausamkeit, mit der die Herren, wo der Eigennutz sie nicht davon zurückhielt, nicht selten ihre Sclaven behandelten, im Interesse der öffentlichen Sicherheit, zum Theil auch der guten Sitte, zu beschränken. Schon an einem andern Ort[c]) ist die Lex Petronia erwähnt worden, welche die Bestimmung der Sclaven zum Kampf mit den Thieren der Willkür der Herren entzog. Auf der andern Seite wurde (unter August oder Tiberius) der alte Gebrauch, die Sclaven eines Ermordeten auf die Tortur zu bringen, um den Mörder zu entdecken, durch das S. C. silanianum als eine allgemeine gesetzliche Maßregel, zugleich mit der Bestrafung derer, die dem Herrn nicht zu Hülfe gekommen, verordnet, zur Abschreckung verbrecherischer Gesinnung, und als Antrieb zur Sorgfalt für die Sicherheit des Herrn.[d]) Claudius sprach den Sclaven die Freiheit zu, die der Herr wegen Krankheit aussetzte, und bestrafte die Tödtung eines solchen ihm zur Last gewordenen Sclaven durch den Herrn wie die eines Freien.[e]) Auch Hadrian nahm sich der Sclaven an, er wollte unter andern nicht, daß die Herren von ihrem Recht über Leben und Tod Gebrauch machten, die Gerichte sollten über die hinreichende Begründung der Todesstrafe erkennen.[f]) Mehr noch suchte Pius eine Verbesserung des Zustandes der Sclaven, soweit dieß ohne totale Reform des Instituts möglich war, durchzuführen. Er sprach als allgemeinen Grundsatz aus, daß die Sclaven gegen grundlose Gewaltthat, gegen Grausam-

---

a) Nullum caput habet § 4 I. de cap. min. (1, 16) vgl. § 210 Note i.

b) Servitutem mortalitati fere comparamus L. 209 D. de R. I. (50, 17) L. 59 § 2 D. de condic. (35, 1).

c) Vgl. Bd. I § 107 S. 300.

d) Dig. XXIX 5: de S. C. silaniano et claudiano.

e) Sueton. Claud. 25.

f) Spartian. Hadr. 18 L. 2 D. de his qui sui (1, 6).

keit, Unkeuschheit der Herrn von den Behörden in Schutz zu nehmen seien, im Grunde fordere dieß das Interesse der Herren selbst.[g]) Wer seinen Sclaven ohne Grund und absichtlich tödtet, soll der lex cornelia de sicariis verfallen, wie wenn der Sclave ein fremder gewesen wäre, und wegen sonstiger Mißhandlung soll der Herr zum Verkauf gezwungen werden.[h]) Constantin schien es nicht nothwendig, die Richter zur Fürsorge für die Sclaven zu ermuntern, umgekehrt vielmehr verordnete er, man solle dem Herrn Nachsicht beweisen, dem bei der Züchtigung des Sclaven der Unstern widerfahren sei, ihn umzubringen.[i])

Jene gesetzlichen Milderungen des Sclavenstandes dürfen nicht unter den Gesichtspunkt einer den Sclaven ertheilten Rechtsfähigkeit gebracht werden. Sie sind den Einschränkungen sonstiger Eigenthumsbefugnisse aus sittlichen und ökonomischen Rücksichten zu vergleichen.[k]) Aber das Princip der gänzlichen Rechtlosigkeit der Sclaven ist dennoch nicht ohne Modification geblieben, die natürliche Anschauung, welcher die ausschließliche Gleichstellung von Menschen mit Sachen widerstreitet, ist mächtiger gewesen, als das Interesse, das die Römer zur einfachen Vernichtung der Persönlichkeit in Wesen gleicher Art hinführte.

In folgenden Bestimmungen ist eine Anerkennung der Sclaven als vernünftiger Wesen und eine Erhebung über die übrigen Sachen erkennbar:

1) Nicht bloß Eigenthum hat man an Sclaven, sie stehen auch in der potestas des Eigenthümers, in einer Gewalt, die ihnen nicht eigenthümlich, die auch an Freien (als patria potestas) möglich ist. Daß ein Freier in potestate ist, beschränkt seine Rechtsfähigkeit (§ 219), nicht so beim Sclaven, bei dem von einer Beschränkung nicht die Rede sein kann; diesem vielmehr giebt die Gewalt des Herrn eine rechtliche Stellung, die er außerdem entbehrt. Der Sclave wird dadurch gleichsam zu einem Theil oder Glied seines Herrn, er kann als sein Repräsentant in den rechtlichen Verkehr eintreten, er kann zum Erben in einem Testament ernannt werden, indem durch ihn die Erbschaft an seinen Herrn gelangt.[l]) Eigenthum und Potestas übrigens ist nicht wesentlich zur Sclaverei, die Eigenschaft als Sclave ist unabhängig davon, auch ein herrenloser Sclave ist darum nicht frei.

2) Aber auch außerdem ist den Sclaven in gewissen Punkten ein rechtliches Dasein zuerkannt, und so die Consequenz des Princips verlassen worden. Gewisse Verhältnisse, in die sie als Sclaven getreten sind, haben nach erlangter Freiheit eine rechtliche Wirkung. Diese Wirkung ist unabhängig von der Potestas, sie ist daher nicht ausgeschlossen, wenn der Sclave zur Zeit ihrer Begründung herrenlos war.

a) Die rechtlichen Folgen der Ehrerbietung, die das Kind den Eltern schuldig ist, gelten auch für den Freigelassenen gegenüber seinen Erzeugern,[m]) die serviles cognationes begründen ein Ehehinderniß, der Vater kann seine

---

g) Coll. leg. mos. III 2 und L. 2 D. de his qui sui (1, 6).

h) Gai. I 53.

i) L. 1 (vom Jahr 319) 2 (v. J. 326) C. Th. de emendatione serv. (9, 12). Jenes Gesetz im justin. Codex L. un. C. eod. (9, 14). Die Verordnung Constantin's, welche die Trennung der Verwandten bei der Theilung verbietet L. un. C. Th. de communi div. (2, 25) L. 11 C. I. comm. utr. iud. (3, 38), bezieht sich nur auf die mit einem Grundstück verbundenen, zum Colonat bestimmten Sclaven.

k) So erklärt auch Gaius a. a. O. die Sache: — male enim nostro iure uti non debemus, qua ratione et prodigis interdicitur bonorum suorum administratio.

l) S. Recension von Savigny's System in Richter's und Schneider's Jahrbb. 1840 S. 685.

m) L. 4 § 3 D. de in ius voc. (2, 4).

Tochter, der Sohn seine Mutter nicht heirathen, auch wenn dieses Verwandtschaftsverhältniß in der Sclaverei seinen Ursprung genommen hat.[n]) Die römischen Juristen führen dieß auf den Grundsatz zurück, daß die rechtliche Nullität der Sclaven sich nicht auf das ius naturale (Bd. I § 9 Note a) erstreckt, nach dem alle Menschen gleich seien, daß sie sich auf das ius civile (in diesem Sinn, wo der Ausdruck auch das ius gentium begreift) beschränke.[o]) Hieher gehört auch, daß, obwohl einem Sclaven der Consequenz des Princips nach kein Unrecht geschehen kann,[p]) eine Verletzung desselben also eigentlich nur insofern, als sie in seiner Person dem Herrn widerfährt, in Betracht kommt, dennoch auch ein Unrecht gegen den Sclaven, wenigstens bei einer körperlichen Mißhandlung, die es ja für das natürliche Gefühl ist (hanc enim et servum sentire palam est), angenommen wird,[q]) ein Unrecht, das der Herr als ein dem Sclaven widerfahrenes (servi nomine) mit der iniuriarum actio ahndet,[r]) wegen dessen aber ohne Zweifel auch der Sclave selbst, nachdem er frei geworden ist, klagen kann.

b) Daß Sclaven Contracte schließen und dadurch sich obligiren können, so daß diese Obligatio nach ihrer Freilassung eine wenn auch nur beschränkte Wirkung hat, ist eine Folge der potestas, in der sie stehen, und durch die sie bis auf einen gewissen Grad an der Persönlichkeit ihres Herrn Theil nehmen, unabhängig aber davon ist ihre vollkommene Verpflichtung durch unerlaubte Handlungen, die sie während der Sclaverei begehen, und wegen deren sie nach erlangter Freiheit belangt werden können, nur nicht von dem ehemaligen Herrn, wenn sie gegen diesen während der Sclaverei sich verfehlt hätten.[s])

c) Ein ganz singuläres und einzeln stehendes Vorrecht der Sclaven, die im Eigenthum des Staats sich befinden, ist, daß diese über die Hälfte ihres Erwerbs durch Testament gültig verfügen können.[t])

3) Die Möglichkeit des Uebergangs aus dem Stand der Unfreiheit in den der Freiheit hat Zustände hervorgebracht, in denen der Sclave, obwohl er dieses noch ist, durch seine Annäherung an die Freiheit ein gewisses rechtliches Dasein gewinnt. Es sind folgende zwei:

a) Der Zustand der statuliberi.[u]) Dieß sind Designirtfreie, Sclaven, denen die Freiheit gegeben ist, aber so, daß ihre Wirksamkeit von dem Eintritt eines zu erwartenden Ereignisses abhängt.[v]) Die testamentarische Freilassung kann unter Bedingung oder mit dies a quo geschehen, aber es kann auch durch eine Rechtsvorschrift die Gültigkeit einer Manumission suspendirt sein, so wenn sie in fraudem creditorum geschah (s. unten), und es ungewiß ist, ob die Gläubiger sie anfechten werden. In allen diesen Fällen ist der Manumittirte statuliber.[w]) Ein solcher nun ist jetzt noch vollkommen Sclave und wird durchaus als solcher behandelt;[x]) dieß hat indessen eine Ausnahme: die Erfüllung

---

n) L. 14 § 2 D. de ritu nupt. (23, 2).

o) L. 32 D. de R. I. (50, 17) vgl. L. 20 § 7 D. qui testam. (28, 1).

p) Gai. III 222.

q) L. 15 § 34. 35. 45 D. de iniur. (47, 10).

r) L. 15 § 48 D. eod.

s) L. 14 D. de O. et A. (44, 7) Gai. IV 77. 78.

t) Ulpian. XX 16.

u) Ulpian. II: de statuliberis. Dig. XL 7: de statuliberis. Eine besondere Schrift über diesen Gegenstand: v. Madai die Statuliberi des R. R. 1834.

v) L. 1 pr. D. eod.: Statuliber est, qui statutam et destinatam in tempus vel condicionem libertatem habet. Schon die zwölf Tafeln haben Bestimmungen über diesen Punkt enthalten, und die künftige Freiheit garantirt Ulpian. II 4.

w) L. 1 § 1 D. eod.

x) L. 29 pr. D. eod.: Statuliberi a ceteris servis nostris nihilo paene differunt.

der Bedingung, die Möglichkeit der Freiheit darf ihm nicht vom Eigenthümer erschwert werden;[y]) so weit die Folgen der Gewalt des Herrn, unter welcher er noch steht, die Erfüllung unmöglich machen würden, werden sie beseitigt und der Sclave als frei behandelt. Wenn der Sclave im Testament freigelassen ist unter der Bedingung, daß er dem Erben (seinem Herrn) eine gewisse Summe geben würde, so wäre die Erfüllung der Bedingung streng genommen unmöglich, da der Sclave seinem Herrn nichts geben kann, indem alles, was er hat und erwirbt, schon an sich dem Herrn gehört, aber er wird eben in Beziehung auf den Erwerb, von dem er die Summe bestreitet, wie ein Freier beurtheilt.

b) Das in libertate esse. So wird der factische Zustand der Freiheit bezeichnet, (im Gegensatz zur wirklichen, rechtlich begründeten Freiheit, dem liberum esse.) Der Sclave kann in jenem Zustand sich befinden, vor allem mit dem Willen des Herrn selbst. Dieß ist der Fall, wenn der persönlich zur Manumission berechtigte Herr auf zuverlässige und unzweifelhafte Art seinen Willen zu erkennen giebt, daß der Sclave frei sein solle, ohne daß jedoch diese Erklärung die sonstigen Erfordernisse der Manumission (z. B. die der Form) an sich hat. Diese unvollkommene, factische Freilassung giebt auch nur eine factische Freiheit, eine Befreiung von den Sclavendiensten, und diese schützt die Behörde dem also Freigelassenen gegen den Herrn, der etwa seine Gunst zurückzunehmen gedächte. Rechtlich aber ist jener noch Sclave, und dieß äußert seine Wirkung in jeglicher sonstigen Beziehung.[z]) Vom römischen Standpunkte aus (ex iure quiritium) muß auch die von einem Peregrinen seinem Sclaven gegebene Freiheit lediglich als eine factische erscheinen, der Freigelassene als einer, der voluntate domini in libertate est, (da der Peregrine der römischen Manumissionsformen unfähig ist.) Und so haben wirklich die römischen Juristen die Sache betrachtet, so weit nicht ein besonderes, vom römischen Staat anerkanntes peregrinisches Landesrecht über die Freigelassenen existirte, welches dann auch der Prätor für die Peregrinen befolgte.[aa]) Aber auch ohne den Willen des Herrn kann ein Sclave in libertate sein, indem er als ein Freier lebt, und der Herr sein Recht über ihn nicht ausübt. Diese factische Freiheit wird rechtlich 1) wirksam bei dem Freiheitsproceß. Wer jenen factischen Zustand für sich anführen kann, hat, wenn ihm die Freiheit angefochten wird, den Vortheil, Beklagter zu sein, sein Gegner muß beweisen, daß er Sclave ist, während im entgegengesetzten Fall ihn die Beweislast trifft, so daß er dem Gegner zugesprochen wird, wenn er nicht seine Freiheit zu beweisen vermag. Doch setzt jene Wirkung voraus, daß er sine dolo malo in libertate gewesen ist. einem 2) Flüchtigen z. B. kommt seine factische Befreiung nicht zu Gute.[bb]) Eine zweite Wirkung ist die, daß die längere Dauer dieses Zustandes (possessio libertatis wird er auch genannt) eine temporis praescriptio gegen die Anfechtung der Freiheit gewähren, also zur rechtlichen Freiheit führen soll. Zuerst kommt dieß vor als Verjährung des Rechts der Gläubiger, eine zu ihrem Nachtheil vorgenommene Freilassung anzufechten,[cc]) also Verwandlung der statuta libertas

---

Et ideo quod ad actiones vel ex delicto venientes vel ex negotio gesto vel contractu pertinet, eiusdem condicionis sunt statuliberi, cuius ceteri. et ideo in publicis quoque iudiciis easdem poenas patiuntur, quas ceteri servi. L. 9 pr. 16 D. eod.

y) L. 33 D. eod.: Statuliberorum iura per heredem fieri non possunt duriora.

z) Gai. III 56 Fragm. dosith. § 6 sqq.

aa) Fragm. dosith. 14.

bb) L. 7 § ult. L. 10—12 D. de lib. causa (40, 12).

cc) Aristo bei Paulus L. 16 § 3 D. qui et a quib. manum. (40, 9).

(s. oben) in die effective Freiheit. Wahrscheinlich ward diese longi temporis praescriptio, quae prae libertate opponitur (also mit der gewöhnlichen Zeit von zehn oder zwanzig Jahren) schon am Ende der dritten Periode auch in andern Fällen der possessio libertatis angewendet, nur stets unter der Voraussetzung eines iustum initium dieses Besitzes, also der auf einem guten Grunde ruhenden Ueberzeugung frei zu sein.[dd]) Constantin erwähnt ein Gesetz (ohne Zweifel von ihm selbst), wodurch die Zeit auf 16 Jahre gesetzt ward, er erklärt, daß dieses Gesetz dasselbe Erforderniß einer wohlbegründeten bona fides in sich schließe.[ee]) In der justinianischen Gesetzgebung ist durch Aufnahme der in Note cc und dd angeführten Stellen das frühere Recht zurückgeführt.

CCXIII. Die Möglichkeit der Freiheit selbst ist schon eines der Momente in dem Institute der Sclaverei, wodurch die Sclaven über die Reihe der bloßen Sachen hinausgehoben sind, und worin eine Anerkennung der Menschenrechte liegt. Wie kann es nun geschehen, daß ein Sclave frei wird?

Die Sclaverei, die eine Folge der Gefangenschaft ist, also der factischen Gewalt, die ein fremdes Volk über den Menschen erlangt hat, ist auch durch die Dauer dieser Gewalt bedingt. Sie hört auf, sowie der Gefangene, wann und wie es geschehen möge, von ihr befreit ist; dieß wird der Fall sein, wenn es ihm gelingt, den Gebieten, über die jenes Volk oder ein anderes ihm verbündetes herrscht, zu entfliehen und zu seinem Volk oder einem mit diesem verbundenen oder befreundeten zu gelangen.[a]) Die Freiheit des Zurückgekehrten hat hier keine andere Voraussetzung als die der Rückkehr, eine andere Frage ist, wie sich sonst sein rechtlicher Zustand bestimmt? Darüber entscheidet das Recht des Postliminiums, welches unten (§ 220) dargestellt werden wird.

Abgesehen von diesem Fall geschieht der Uebergang von der Sclaverei zur Freiheit regelmäßig durch Manumission von Seiten des Herrn. Diese ist an gewisse Erfordernisse geknüpft, deren Mangel ihr entweder allen, oder wenigstens den vollen Effect, den sie sonst haben würde, entzieht. Es sind folgende:

1) Die Manumission besteht in der Erklärung des Herrn, daß der Sclave frei sein solle, diese Erklärung aber muß in der gehörigen Form geschehen. An die Spitze der Manumissionsformen stellen die römischen Juristen die durch Legis Actio vor dem Magistrat.[b]) Sie besteht in der Uebertragung eines processualischen Acts, der vindicatio in libertatem (§ 161), auf das nichtstreitige Geschäft. Wenn einem in Dienstbarkeit gehaltenen Menschen durch einen Rechtsstreit die Freiheit gewahrt werden sollte, so trat sein Vertheidiger, der assertor, als Kläger auf, und nahm mit dem Beklagten, dem angeblichen Herrn, den Vindicationsact vor: Anfassen des Menschen mit der Hand, Berührung mit dem Stab (vindicta, festuca)[c]), Aussprechen der feierlichen Worte, worauf dann das Sacramentum folgte, und was sonst noch zur Einleitung des Rechtsstreits gehörte. Hier, wo es sich um ein Resultat handelte, worüber alle Parteien einverstanden waren, wurde die Handlung nur bis zu dem

---

dd) So kommt sie in Verordnungen von Diocletian vor L. 1. 2 C. de l. t. praescr. quae pro lib. (7, 22).

ee) L. 7 (sonst 3) C. Th. de lib. causa (4, 8).

a) Vgl. L. 19 § 3 D. de captiv. (49, 15).

b) Vgl. Unterholzner von den Formen der manumissio per vindictam und der emancipatio, Zeitschr. für gesch. Rechtswiss. II 5.

c) Plaut. mil. glor. IV 1, 15.

Moment fortgesetzt, wo der scheinbare Beklagte seinerseits die Vindicationsworte zu sagen gehabt hätte. Statt dessen gehabte er sich als einer, der auf den Streit durch Zugeständniß verzichtet; statt seinerseits die Vindicta zur Hand zu nehmen und die Vindicationsworte zu sprechen, ließ er den Sclaven, den auch er am Anfang ergriffen hatte, fahren (manu mittebat), indem er seinen Willen, ihn frei zu lassen, entweder durch einen besonderen Nachdruck bei diesem Fahrenlassen, der ein Umdrehen des Sclaven (circumagere, vertere) zur Folge hatte,[d]) oder durch ausdrückliche Erklärung,[e]) oder, was ohne Zweifel das gewöhnliche war, durch beides zugleich zu erkennen gab. Der Prätor that hierauf, was seines Amtes bei dem Zugeständniß war, er sprach die Behauptung des Assertor als Recht aus, und erklärte also den Menschen für frei. Schon der Ausdruck manu missio, der offenbar von dieser Freilassungsform herstammt, zeigt, daß sie die älteste unter den uns bekannten war. (Daß das Wort vindicta von einem Sclaven Vindicius sich herschreibe, der 245 die Verschwörung für die Rückkehr der Tarquinier entdeckt habe, und zum Lohn in jener Form der erste freigelassen worden sei,[f]) ist ein trockener antiquarischer Spaß, den Spätere ehrlich für Ernst genommen haben.) Jene Procedur wurde übrigens späterhin sehr vereinfacht, die Magistrate, denen die Legis Actio zukam, hatten nicht mehr Muße für solche Umständlichkeiten bei dergleichen Acten. Zuerst wurde es gewöhnlich, daß der Lictor die Rolle des Assertor übernahm,[g]) dann entband man den Herrn von aller förmlichen Mitwirkung, aber auch, daß der Lictor die Vindicationsworte hersagte, schien zu umständlich, man behielt nur den Schlag mit oder ohne Festuca bei;[h]) endlich hielt man auch die Anwesenheit eines Lictors für überflüssig, es war hinreichend, daß der Herr dem Prätor, wo er ihn traf, und ohne Beisein eines Andern als des Sclaven, seinen Willen zu erkennen gab, und der Prätor den Sclaven frei sprach.[i]) Die Handlung hatte sich so ganz von ihrem ursprünglichen Gehalt entfernt, daß schon Javolenus kein Bedenken dabei hatte, dem Prätor selbst die Manumission bei sich selber zu gestatten.[k]) — Eine zweite Manumissionsart gewährte der Census.[l]) Der Censor hatte die Macht, dadurch, daß er die Professio einer Person, wie eines Bürgers annahm, diese zum Bürger zu machen, wenn sein College nicht Einspruch that. Dieß wurde zur Freilassung benutzt, der Herr brachte seinen Sclaven in dieser Absicht vor den Censor, nahm dieser die Professio desselben an, so wurde er frei und Bürger. Die Bestätigung aber solcher Acte des Censor lag in dem Lustrum, nur ein Census, der mit der Lustration beschlossen wurde (census lustralis), hatte jene Wirkung. Daher konnte unter den alten

---

d) S. die Stellen bei Unterholzner a. a. O. S. 149.

e) Paul. Diac. ex Festo: Manumitti servus dicebatur, quum dominus eius aut caput eiusdem servi aut aliud membrum tenens dicebat: hunc hominem liberum esse volo, et emittebat eum e manu. Vgl. das Fragment des Festus bei Müller p. 158, wo zu lesen ist: edicit: — *ego* hunc hom. etc.

f) Liv. II 5 u. A.

g) Schol. ad. Pers. sat. V 88. Boethius in top. 2 (p. 288 Orell.).

h) L. 23 D. de manum. vind. (40, 2). Es war eine Inconsequenz, wenn man noch an dem Grundsatz, daß ein Stummer oder Tauber keine legis actio vornehmen kann, für die Vindictafreilassung festhielt Paul. IV 12, 2; doch waren nicht alle Juristen so streng L. 1 D. qui et a quib. (40, 9).

i) Ulpian. L. 8 D. de manum. vind. (40, 2): Ego quum in villa cum praetore fuissem, passus sum apud eum manumitti, etsi lictoris praesentia non esset.

k) Iulian. L. 5 D. eod.

l) Ulpian. I 8 Fragm. dosith. 19—21 Boeth. l. c. (Note g). Man hat als die älteste Erwähnung dieser Manumission ein S. C. von 576 bei Liv. XLI 9 angeführt, aber seine Worte sind schwerlich von einer andern als der durch Vindicta zu verstehen.

Juriſten der freien Republik die Streitfrage entſtehen, wann die Freiheit ſich anhebe, mit der Profeſſio oder mit dem lustrum conditum.[m]) Dieſe Frage wurde in der dritten Periode unerheblich, denn in dieſer wurde jene Manumiſſion mit dem Luſtralcenſus ſelbſt zur Antiquität.[n]) — Auch durch Teſtament kann manumittirt werden. Dieß geſchieht, wenn der Teſtator direct in demſelben erklärt, daß der Sclave frei ſein ſoll (liber esto — liber sit — liberum esse iubeo), und es ſetzt voraus, daß der Sclave im (quiritiſchen) Eigenthum deſſelben iſt zur Zeit der Teſtamentserrichtung und des Todes.[o]) Etwas anderes iſt der Auftrag an den Erben, einem Sclaven die Freiheit zu geben (fideicommissa oder fideicommissaria libertas), dieß iſt keine Manumiſſion, ſondern Veranlaſſung und Verpflichtung zu derſelben, die von dem Beauftragten geſchehen ſoll. Bei der libertas directo data iſt der Teſtator der Manumiſſor, der Freigelaſſene ſein libertus (daher libertus orcinus, der ſeinen Patron im Orcus hat), und die Freiheit tritt mit der Wirkſamkeit des Teſtaments, alſo mit dem Antritt der Erbſchaft aus demſelben ein, wenn ihr Anfang nicht durch eine Zeitbeſtimmung oder Bedingung weiter hinausgeſchoben iſt.[p])

Die drei bisher beſchriebenen Manumiſſionsformen: vindicta, censu, testamento, waren noch zu Cicero's Zeit die einzigen.[q]) Wenn der Herr ſonſt ſeinen Willen erklärte, daß der Sclave frei ſein ſollte: vor Zeugen (manumissio inter amicos), durch ein Schreiben (per epistolam), oder indem er ihn thatſächlich wie einen Freien behandelte, z. B. an ſeinen Tiſch zog (per mensam, convivii adhibitione),[r]) ſo gab er damit nur jene factiſche Freiheit, von der oben die Rede geweſen iſt (§ 212 a. E.), bis er etwa ſeinen Willen durch eine jener Formen bekräftigte.[s]) Clodius ſoll damit umgegangen ſein, dieſen unförmlichen Freilaſſungen durch ein Geſetz volle Wirkung beilegen zu laſſen.[t]) Später hat die Lex Junia mit ſolcher einfacher Erklärung des Herrn die Wirkung der Freiheit verknüpft, und alſo jene manumissiones inter amicos u. ſ. f. zu wirklichen Manumiſſionen gemacht, doch mit dem Unterſchied, daß die ſo

---

m) Cic. de orat. I 40: — nonne ex iure civili potest esse contentio, quum quaeritur, is qui domini voluntate census sit, continuone an ubi lustrum conditum liber sit. Fragm. dosith. l. c. [Vgl. Mommſen Staatsrecht II (1877) S. 321 f.]

n) Seit dem Anfang der chriſtlichen Zeitrechnung ſind nur drei Luſtra gemacht worden, das letzte im J. 74 (827 u. c.) unter Veſpaſian Censorin. de die nat. 18.

o) Ulpian. I 9 (vgl. L. 120 D. de V. S. 50, 16) II 7 Gai. II 267

p) L. 23. 25 D. de manum. test. (40, 4).

q) Cic. top. 2: si neque censu, neque vindicta, nec testamento liber factus est, non est liber. Cato ſoll behauptet haben, die Adoption des Sclaven durch den Herrn mache jenen frei § ult. I. de adopt. (1, 11). Am einfachſten wäre dieß ſo zu verſtehen: auch ein Volksſchluß könne die Freiheit geben (alſo ohne Manumiſſion, ſ. unten) und daher müſſe die Arrogation (populi auctoritate, nur an dieſe läßt ſich hier denken) dieſe Wirkung haben. Wahrſcheinlich aber iſt jener Bericht nicht genau, und die Anſicht des Cato iſt die, welche Sabinus (bei Gellius V 19) als die der meiſten älteren Juriſten anführt: ein Herr könne ſeinen Sclaven (wie ein Vater ſeinen Sohn) einem Andern bei dem Prätor in Adoption geben. Die Adoption enthält auch eine Vindicatio, der Adoptirende vindicirt die Perſon als ſeinen Sohn von dem bisherigen Vater, in dieſer Vindication ſollte nun, behaupteten jene Juriſten, ſtillſchweigend eine vindicatio in libertatem gedacht werden, alſo das dare in adoptionem zugleich als vindicta manumittere gelten.

r) Gai. epitom. I 1, 2. Gai. I 44. Paul. IV 12, 2. Theophil. I 5 extr.

s) Tac. annal. XIII 27: (a maioribus) manumittendi duas species institutas, ut relinqueretur poenitentiae aut novo beneficio locus. Quos vindicta patronus non liberaverit, velut vinculo servitutis attineret.

t) Cic. pro Mil. 33: — lege nova, quae est inventa apud eum cum reliquis legibus clodianis, servos nostros libertos suos fecisset. Vgl. c. 12 derſelben Rede bei Orelli.

Freigelassenen nicht cives, sondern nur latini werden (§ 217).[u]) Sie beseitigte somit auf der einen Seite die Hauptfälle jener bloß factischen Freiheit, ohne Zweifel zum Vortheil der Rechtssicherheit, auf der andern beeinträchtigte sie die Rechte, welche eine unvollkommene Freilassung den Herren gewährte, nicht wesentlich, indem sie diesen Freigelassenen die Möglichkeit, ein Testament zu machen, und dadurch das Mittel, dem Patron ihr Vermögen zu entziehen, versagte (§ 217).

Constantin führte eine neue Form ein: durch Erklärung des Willens in der Kirche vor der Gemeinde in Gegenwart der Geistlichen, die eine Urkunde darüber aufsetzen und als Zeugen unterschreiben.[v]) So gelten nun im justinianischen Recht: die Freilassung durch Testament,[w]) durch Vindicta in der Form, daß die Erklärung vor der Behörde ohne die Formalitäten des alten Rechts hinreicht, die constantinische in der Kirche. Die Lex Junia hob Justinian auf, da keine Latinität mehr bestehen, jeder Freie auch als Civis gelten sollte, aber er war nicht gewillt, diese Wirkung jeder formlosen Erklärung beizulegen. Er setzte statt dessen folgendes fest.[x]) Die Freiheit sollte noch inter amicos gegeben werden können, d. h. durch mündliche Erklärung vor fünf Zeugen, ferner per epistolam, d. h. aber durch eine von dem Herrn geschriebene oder unterschriebene Urkunde, die von fünf Zeugen unterzeichnet ist, sodann soll die Verheirathung der Sclavin an einen Freien durch den Herrn, die Bezeichnung des Sclaven als seinen Sohn, sofern sie öffentlich zu gerichtlichem Protokoll, die Vernichtung oder Uebergabe der Urkunden, die zum Beweis seiner Unfreiheit dienen, an den Sclaven, sofern sie in Gegenwart von fünf Zeugen geschieht, endlich das Gebot des Herrn oder seines Erben, daß die Sclaven mit Zeichen der Freiheit (pileati) dem Leichenbegängniß beiwohnen sollen, als Manumission gelten.

So viel von der Form der Freilassung.

2) Freilassen kann der, welcher die Potestas über den Sclaven hat. Dieß ist der Eigenthümer; eine Freilassung durch den Usufructuarius soll als

---

u) Das Gesetz heißt gewöhnlich Junia schlechtweg, in einer Stelle der Institutionen Justinian's § 3 I. de libert. (1, 5) Junia Norbana (es würde hiernach von zwei Consuln Junius und Norbanus rogirt sein), oder wie Einige vermuthen: Junia Norbani, von einem Junius Norbanus rogirt. Manche haben sie ins Jahr 671 gesetzt, wo C. (Junius) Norbanus (Balbus) mit L. Cornelius Scipio Consul war, Andere 729, wo M. Junius Silanus, oder 730, wo C. Norbanus Flaccus mit August Consuln gewesen sind, die Meisten nehmen das Jahr 772 (19 n. C.) unter Tiberius an, das Consulat des M. Junius Silanus und L. Norbanus Balbus. Wir haben keinen Grund, an der Quellenmäßigkeit des Namens Junia Norbana zu zweifeln, daß der zweite Name gewöhnlich weggelassen wurde, findet sich auch bei der Papia Poppäa, so hat denn von dieser Seite das Jahr 772 das meiste für sich. Sehen wir auf den Inhalt des Gesetzes, so ist seine Versetzung in das siebente Jahrhundert höchst unwahrscheinlich, ja nach Note q und t fast undenkbar. Dagegen werden wir zu der Annahme, daß es dem umfassenden Gesetz über Freilassungen, der Lex Aelia Sentia von 757, nachgefolgt sei, durch einzelne Nachrichten über den Inhalt beider Leges hingeführt (s. Note qq. vv), und so sprechen auch innere Gründe für das zuletzt genannte Jahr. Vgl. Bethmann-Hollweg de causae probatione p. 78—100.

v) L. un. C. Th. de manum. in ecclesia (4, 7) L. 1. 2 C. I. de his qui in eccl. (1, 13).

w) Schon die römischen Juristen waren geneigt, eine zweifelhafte Verfügung eher zu Gunsten der Freiheit auszulegen, Justinian verordnete, daß die Einsetzung des eigenen Sclaven als Erben und eben so seine Ernennung als Vormund ohne Zusatz als Befreiung angesehen werden soll L. 5 C. de serv. necess. her. (6, 27). Ueber das ältere Recht s. Göschen Bem. in Bez. auf das ält. Recht der Freil., Zeitschr. für gesch. Rechtswiss. III 7 § 8. Zimmern Gesch. des röm. Privatr. I § 204.

x) L. un. C. de latina libertate tollenda et per certos modos in civitatem romanam transfusa (7, 6).

ein bloßer Verzicht auf die Dienste, entweder zu Gunsten des Eigenthümers oder des Sclaven behandelt werden.[y] Nun konnte jemand nach altem Recht auf verschiedene Art Eigenthümer sein: er war es entweder ex iure quiritium, oder er hatte die Sache bloß in bonis, oder es traf beides bei ihm zusammen (§ 235). Nur das in bonis habere giebt die Potestas, nicht das nudum ius quiritium.[z] Aber der bloß bonitarische Eigenthümer macht den Sclaven durch seine Freilassung nur zum Latinus, zum Civis kann ihn allein der machen, der ihn zugleich ex iure quiritium hat.[aa] Im justinianischen Recht hat dieser Unterschied aufgehört.

Einer von mehreren Miteigenthümern kann dem Sclaven nicht die Freiheit geben, manumittirt er ihn, so ist dieß ein Aufgeben seines Rechts, sein Theil wächst dem Socius zu. Anders ist es mit der unvollkommenen Manumission (inter amicos u. s. f.), diese hat hier gar keine Wirkung, und diesen Satz behielt die herrschende Ansicht auch nach der Lex Junia bei, während einige Juristen nun auch hier jene Accrescenz eintreten ließen.[bb] Aber der theilweise Eigenthümer kann, wenn er dem Sclaven die Freiheit zuwenden will, seinen Miteigenthümer nöthigen, ihm seinen Antheil gegen Empfang des Werths abzutreten, d. h. er kann auf Theilung dringen, und bei dieser den Zuschlag des Sclaven aus jenem Grund gegen Entschädigung fordern.[cc] Justinian hat verordnet, daß, wenn einer von mehreren Miteigenthümern dem Sclaven die Freiheit giebt oder geben will, stets die andern sollen ausgekauft werden können, ja er hat sogar die Preise zu diesem Behuf gesetzlich bestimmt, jenes ius accrescendi soll nie mehr eintreten.[dd] Durch einen bestehenden Usus-fructus ist der Eigenthümer nicht gehindert, den Sclaven zu manumittiren, nur unbeschadet der Rechte des Usufructuars, in Beziehung auf welche er, bis dessen Recht sich endigt, wie ein Sclave betrachtet wird. Die römischen Juristen sehen ihn bis dahin als servus sine domino an, ja sie behaupteten, auch nach der Beendigung des Ususfructus werde er nur Latinus, nicht Civis; Justinian will ihn schon einstweilen als frei, die Rechte des Nießbrauchs jedoch unverändert, behandelt wissen.[ee] Eine generelle Verpfändung des Sclaven hindert die Manumission nicht,[ff] die Wirkung bei einer speciellen hängt davon ab, ob der Gläubiger befriedigt und so sein Pfandrecht gelöst wird; und auch hier haben die römischen Juristen (wie beim Ususfructus) dem Sclaven nur die Latinität zuerkannt,[gg] die im justinianischen Recht weggefallen ist.

Daran läßt sich die Bestimmung der Lex Aelia Sentia knüpfen, daß eine Freilassung in fraudem creditorum, d. h. wodurch ein insolventer Schuldner

---

y) Iustinian. L. 1 pr. C. comm de manum. (7, 15).

z) Gai. I 54. Fragm. dosith. 11.

aa) Ulpian. I 16. Die Lex Junia sprach davon Gai. I 67, daraus ist indessen nicht zu schließen, daß sie diesen Satz zuerst aufgestellt hätte.

bb) Fragm. dosith. 12 Ulpian. I 18 Paul. IV 12. 1. Diese abweichende Ansicht hat den Schein größerer Consequenz, da das junische Gesetz ja die inter amicos Manumittirten für frei, also die Gewalt des Manumissors für beendigt erklärt, aber auch nur den Schein: denn das Gesetz hebt die Gewalt nur für das Leben des Freigelassenen auf, bei seinem Tod wird er beurtheilt, wie wenn er Sclave geblieben wäre.

cc) L. 1 pr. C. de comm. servo manum. (7, 7).

dd) L. 1 C. cit.

ee) Fragm. dosith. 13 Ulpian. I 19 L. 1 pr. C. comm. de manum. (7, 15).

ff) S. unten § 250 Note p.

gg) Fragm. dosith. 18 L. 3 D. de manum. (40, 1) L. 26. 27 § 1 D. qui et a quib. man. (40, 9).

wissentlich sein Vermögen zum Nachtheil seiner Gläubiger schmälert, von diesen unwirksam gemacht werden kann, eine Bestimmung, die durch ein Senatusconsultum unter Hadrian auch auf die Peregrinen erstreckt worden ist, während der übrige Inhalt jenes Gesetzes für sie nicht gilt.[hh]) Nur einen Sclaven im Testament mit der Freiheit zum Erben zu ernennen, um dadurch dem Schimpf des Concurses nach dem Tod zu entgehen, gestattet das Gesetz, einen Fall, den es auch von seinen übrigen Beschränkungen der Manumission ausnimmt.[ii]) Auch dem Patron des Freilassers gab die Lex Sentia das Recht, eine zur Schmälerung seines Erbrechts vorgenommene Manumission zu revociren.[kk])

Die Freilassung ist eine Veräußerung, und zwar, sofern nicht eine Verbindlichkeit dazu existirt (z. B. in Folge eines Fideicommisses, oder einer sonstigen Erwerbung des Sclaven unter der Auflage, daß der Empfänger ihn freilasse), eine solche, wodurch das Vermögen absolut gemindert wird. Wer daher keiner Veräußerung, oder wenigstens keiner der letzteren Art fähig ist, kann nicht manumittiren.[ll]) Die Lex Aelia Sentia hat eine ganz singuläre Bestimmung (um leichtsinnige Manumissionen, theils im Interesse der Herren selbst, theils in dem des Staats zu verhüten oder zu vermindern) gemacht, indem sie die Manumission für ungültig erklärt, wenn der Herr noch nicht 20 Jahre alt ist. Nur für die Manumission durch Vindicta hat sie einen Ausweg eröffnet, sie soll geschehen können, wenn der Herr bei einem Consilium, das zu diesem Zweck eingesetzt ward, und regelmäßige Sitzungen hielt (in Rom sollte es aus fünf Senatoren und fünf Equites, in den Provinzen aus zwanzig Recuperatoren, ebenfalls römischen Bürgern, bestehen), eine iusta causa manumittendi nachgewiesen hat, z. B. daß er mit dem freizulassenden Sclaven durch besondere Pietätsverhältnisse verbunden, daß derselbe Vater oder Mutter von ihm, sein Geschwister, sein Erzieher sei, daß sein eigener Vortheil die Freilassung des Sclaven erheische.[mm]) Durch die bestimmte Vorschrift, daß die Freilassung nur vindicta apud consilium geschehen könne, ist die durch Testament einem minor xx annis ganz unmöglich gemacht.[nn]) Dagegen hat Justinian, der die Vorschrift nur im Interesse der Herren selbst beibehalten hat, anfangs die testamentarische Freilassung nach zurückgelegtem siebenzehnten Jahr,[oo]) zuletzt jedem, der ein Testament machen kann (also dem Pubes) gestattet,[pp]) so daß jene Beschränkung nur für Manumissionen unter Lebenden stehen geblieben ist. Seit der Lex Junia entstand die Frage, ob jene Beschränkung auch auf die manumissio inter amicos zu beziehen sei? sie wurde bejaht, aber die Möglichkeit der Freilassung durch causae probatio apud consilium ebenfalls darauf erstreckt.[qq])

3) Ein Hinderniß der Freilassung kann auch in dem Freizulassenden

---

hh) Gai. I 37. 47 L. 1 § 1 D. de statulib. (40, 7) L. 10. 24 D. qui et a quib. (40, 9) pr. § 3 I. quib. ex caus. manum. non p. (1, 6).

ii) § 1 I eod. Gai. I 21 Ulpian. I 14.

kk) Gai. I 37 Ulpian. I 15.

ll) In der Handlungsfähigkeit Beschränkte: Ulpian. I 17 Fragm. dosith. 17 L. 9 § 1 D. de auctor. tut. (26, 8). Andere Fälle: L. 8 § 1. 2 D. de manum. (40, 1) L. 15 pr. D. qui et a quibus (40, 9).

mm) Gai. I 38. 39, cf. 18—20 Ulpian. I 13 L. 7 § 1 D. qui et a quib. (40, 9).

nn) Gai. I 40. *oo*) § 7 I. qui quib. ex caus. man. (1, 6).

pp) Nov. 119 c. 2.

qq) Gai. I 41 Fragm. dosith. 15. Wer die Lex Junia für älter hielte, als die Aelia Sentia, müßte die Erstreckung schon diesem Gesetz zuschreiben, wogegen die Art, wie Gaius seinen Inhalt angiebt, spricht.

liegen. Die Freilassung eines Sclaven kann durch Vertrag oder Testament verboten sein,[rr]) oder durch ein Gesetz, (wie die lex iulia de adulteriis bei solchen Sclaven, deren Freilassung die Criminalunterſuchung erschweren würde,[ss]) die Lex Fabia, welche die Manumission eines Sclaven, der gegen dieses Gesetz sich vergangen hat, innerhalb zehn Jahren verhindert,[tt]) u. s. f.) Von allgemeinerer Wichtigkeit ist die Vorschrift der Lex Aelia Sentia gegen die Freilassung eines Sclaven unter 30 Jahren, wenn nicht eine iusta causa bei dem Consilium nachgewiesen wird.[uu]) Einen im Testament freigelassenen minor gebot das Gesetz wie einen, der domini voluntate in libertate est, zu behandeln, nach unserer Ansicht von dem Alter der Lex Iunia hatte ein solcher damals noch die factische Freiheit, die auch das dafür gebrauchte Wort selbst ausdrückt;[vv]) nachdem die Lex Iunia gegeben war, verschaffte ihm jener Ausdruck die Latinität.[ww]) Was geschah aber mit den auf andere Art unter dem gesetzlichen Alter Freigelassenen? Das Gesetz sagte darüber, wie es scheint, nur, sie sollen nicht cives romani werden. War nun die Meinung des Gesetzes, sie sollen gar nicht frei werden, oder sie sollten die Freiheit ohne Civität erlangen? Bei der Freilassung durch Census hatte die Antwort keinen Zweifel, diese Form ist nur denkbar, wenn die Civität ihre Folge ist, also mußte hier der Manumittirte Sclave bleiben, bei der Vindicta aber stand nichts entgegen, den Sclaven frei und etwa Peregrinen werden zu lassen, nur ohne die besonderen Nachtheile, welche das Gesetz in einem andern Fall (s. unten) damit verband.[xx]) Diese

---

rr) L. 9 § 2 D. qui et a quib. (40, 9): Qui hac lege venierint, ne manumittantur, vel qui testamento prohibiti sint manumitti, vel iussu praesidis provinciae, licet manumittantur, tamen ad libertatem non perveniunt. Vgl. Dig. XVIII 7: de servis exportandis, vel si ita mancipium venierit, ut manumittatur vel contra. Cod. IV 57.

ss) L. 12—14 D. qui et a quib. (40, 9).

tt) L. 12 D. de manum. (40, 1).

uu) Gai. I 18—21 Ulpian. I 12 Fragm. dosith. 16. 19.

vv) S. Note xx. Wäre damals die Lex Iunia schon gegeben gewesen, so wäre die Bezeichnung des Zustands mit in libertate esse sehr unpassend gewesen, zumal da es, auch nach der Lex Iunia, noch immer solche gab, die voluntate domini in libertate waren, ohne durch dieses Gesetz zur Latinität berufen zu sein.

ww) Man hätte nun wohl sagen können, sie seien latini ex lege aelia sentia, zum Unterschied von denen, die es rein ex lege iunia sind. Es ist der Gegensatz von minores und maiores triginta annorum latini facti Gai. I 31.

xx) Die Hauptstelle über das Obige ist Ulpian. I 12: Eadem lege cautum est, ut minor triginta annorum servus vindicta manumissus civis romanus non fiat, nisi apud consilium causa probata fuerit. ideo sine consilio manumissum *caesaris* servum manere putat, testamento vero manumissum perinde haberi iubet, atque si domini voluntate in libertate esset, ideoque latinus fit. Statt des handschriftlichen caesaris (welches Puggé mit Hinweisung auf Gaius I 27 vertheidigt: Observ. duae de iure civ. 1831) substituiren Einige den Namen eines Juristen, Schilling censuve. Aber wahrscheinlich ist die Stelle auch durch Auslassung corrumpirt. — Durch die im Text gemachte sehr nahe liegende Voraussetzung wird eine Schwierigkeit beseitigt, die durch die Art entsteht, wie Gaius und Ulpian von der Lex Aelia Sentia in Beziehung auf diesen Punkt sprechen. Daß Gaius von manumissi et latini facti ex lege aelia sentia spricht, hätte nach Note ww kein Bedenken, auch wenn, nach der gewöhnlichen Annahme, alle minores manumissi nach dem Gesetz Sclaven blieben, nur mit dem Vorzug der factischen Freiheit für die durch Testament Manumittirten. Aber Gaius (I 29—31. 80 III 75. 76) schreibt der Lex Aelia Sentia eine Bestimmung zu, nach welcher minores xxx ann. manumissi durch Ehe mit Cives oder Latinen zur Civität gelangen können (s. unten § 218). In einer Stelle nennt er daneben auch die Lex Iunia, während Ulpian an einem Ort (III 3) den Rechtssatz lediglich dieser zuschreibt, an einem andern (VIII 4) aber ebenfalls die Aelia Sentia nennt. Nach der gewöhnlichen Annahme müßte entweder Gaius sich über den wahren Inhalt der Lex Aelia Sentia geirrt haben, was bei einem solchen Gesetz unentschuldbar genug wäre, oder, was fast noch mißlicher ist, das Gesetz hätte Sclaven das Recht gegeben, eine Ehe mit Bürgern ꝛc. zu schließen. Alles erklärt sich, wenn wir folgendes als das Recht der Aelia Sentia annehmen: der minor manumissus

Beschränkung wurde nicht auf die Freilassung in ecclesia bezogen, Justinian hob sie ganz auf, so daß in seiner Gesetzgebung das Alter des Sclaven keine Bedeutung mehr hat.[yy])

Solchen Sclaven, die während ihrer Dienstbarkeit wegen eines Vergehens gefesselt, gebrandmarkt, auf die Tortur gebracht, zum Kampfschauspiel, zu öffentlichem Gefängniß verurtheilt worden sind, hat die Lex Aelia Sentia zwar die Möglichkeit frei zu werden nicht entzogen, aber sie sollen nur den niedrigsten Grad der Freiheit erlangen können (dediticiorum numero sein § 217), weder jetzt noch in Zukunft Cives oder Latini werden; auch den Aufenthalt in Rom und intra centesimum miliarium verbietet ihnen das Gesetz, werden sie hier betroffen, so werden sie von Staatswegen als Sclaven, und nun ohne die Möglichkeit wieder frei zu werden, verkauft, denn ihre nochmalige Freilassung hat die Folge, daß sie dem Staat als Sclaven zufallen.[zz]) Justinian erwähnt dieses Kapitel des Gesetzes nur als ein längst veraltetes und außer Gebrauch gekommenes.[aaa])

4) Den verschwenderischen testamentarischen Freilassungen sollte die Lex Furia Caninia ein Ziel setzen.[bbb]) Wer drei Sclaven hat, soll nicht mehr als zwei im Testament freilassen können, wer vier bis zehn, nicht mehr als die Hälfte, wer elf bis dreißig, ein Drittel (nur natürlich stets wenigstens fünf) wer einunddreißig bis hundert, ein Viertel (immer natürlich wenigstens zehn, wie in der vorigen Classe), von da bis fünfhundert, ein Fünftheil (doch stets wenigstens fünfundzwanzig). Mehr als hundert soll überhaupt niemand durch Testament manumittiren können. Eine Freilassung, welche die gesetzliche Zahl überschreitet, ist ungültig, und wenn der Testator die Scheidung der gültigen von den ungültigen (z. B. durch Schreiben der Namen im Kreis, oder durch nicht namentliche Bezeichnung der Personen) unmöglich gemacht hätte, sollen alle ohne Wirkung sein.[ccc]) Justinian hat auch dieses Gesetz aufgehoben.[ddd])

Sehen wir noch einmal auf die bisher dargestellten gesetzlichen Beschränkungen der Manumission zurück, so hatten die bedeutendsten derselben einen politischen Grund (vgl. Bd I § 107 S. 300 f.), nur bei einigen ver-

---

wird ohne causae probatio nicht Civis, wird er durch Vindicta manumittirt, so ist er frei, aber Peregrinus, kann jedoch durch Ehe zur Civität gelangen, bei der Manumission durch Census bleibt er Sclave, eben so bei der durch Testament, nur daß ihm hier eine factische Freiheit zuerkannt wird. Diese letztere hat die Lex Junia in rechtliche Freiheit mit Latinität verwandelt, und darauf die Erwerbung der Civität durch Ehe erstreckt; diese Stellung mußte nun aber auch den durch Vindicta Manumittirten eingeräumt werden, da sie ja nach der Absicht des Gesetzes nicht schlechter stehen sollten, als jene. So konnte man nun alle minores xxx ann. manumissi zusammenfassen (denn die Freilassung durch Census, die noch einen Unterschied gemacht hätte, kam nicht mehr vor), und ihre rechtliche Stellung bald von der Aelia Sentia, bald von der Junia ableiten.

yy) L. 2 C. comm. de manum. (7, 15).

zz) Gai. I 13—15. 25—27 Ulpian. I 11 Paulus IV 12, 3—8. Eine ältere Analogie für solche Verweisung aus der Nähe der Stadt giebt Liv. VIII 14, 6.

aaa) Cod. VII 5: de dediticia libertate tollenda.

bbb) Ohne Zweifel unter August. Sueton. Octav. 40, wo ihr Inhalt mit dem der Aelia Sentia zusammengestellt wird: Magni praeterea existimans, sincerum atque ab omni colluvione peregrini ac servilis sanguinis incorruptum servare populum, et civitatem romanam parcissime dedit, et manumittendi modum terminavit. — — Servos non contentus multis difficultatibus a libertate et multo pluribus a libertate iusta removisse, cum et *de numero* et de condicione ac differentia eorum, qui manumitterentur, curiose cavisset, hoc quoque adiecit, ne vinctus unquam tortusve quis ullo libertatis genere civitatem adipisceretur. [Die richtige Bezeichnung ist lex Fufia Caninia.]

ccc) Gai. I 42—46 Ulpian. I 24. 25 Paul. IV 14: ad legem furiam caniniam.

ddd) Inst. I 7: de l. furia can. tollenda.

bindet sich damit die Rücksicht auf das Privatinteresse des Freilassers oder dritter Personen. Gerade diese letzteren sind allein im justinianischen Recht übrig geblieben, die ersteren sind durch eine entgegengesetzte Politik verdrängt worden.

Es giebt Fälle, wo Sclaven ohne Manumission frei werden.[eee]) So ist die Freiheit als Belohnung für die Entdeckung gewisser Verbrechen verheißen.[fff]) Ein um seiner Krankheit willen vom Herrn verlassener Sclave wird durch ein Edict des Claudius frei, durch eine Verordnung Vespasian's und späterer Imperatoren eine Sclavin, die gegen die Veräußerungsbedingung prostituirt wird, auch wenn der ehemalige Herr, der diese Bedingung gesetzt hat, selbst auf ihre Geltendmachung verzichtet. Ebenso nach einer Verordnung von Marcus und Commodus der unter der Bedingung der Freilassung veräußerte Sclave, wenn der Verpflichtete dieser Verbindlichkeit nicht nachkommt. / Unter Trajan wurden durch mehrere Senatsconsulte die Behörden angewiesen, bei der fideicommissarischen Freiheit die Manumission durch ihren Ausspruch zu ersetzen, wenn der Verpflichtete sich der Erfüllung seiner Pflicht durch Abwesenheit entzieht (S. C. rubrianum) oder auch ex iusta causa abwesend ist, wo er dann doch als Manumissor behandelt werden soll (S. C. dasumianum), oder wenn er in einer andern Provinz domicilirt (S. C. articuleianum, 101 n. Chr.). Nach einem S. C. vitrasianum (wahrscheinlich früher als jene) soll, wenn der Verpflichtete infans und dadurch an der Manumission verhindert ist, der Prätor sich eben so interponiren. Das S. C. iuncianum v. J. 182 nach Chr. zieht auch den Fall herbei, wenn der Sclave, dessen Freilassung aufgetragen ist, nicht dem Erblasser gehörte.[ggg]) Von der Freiheit in Folge eines dauernden Besitzes derselben war schon oben die Rede. Nach einem Gesetz Leo's soll die Aufnahme unter die kaiserlichen cubicularii,[hhh]) nach Justinian's Vorschrift die Aufnahme als Kloster- oder Weltgeistlicher die Freiheit geben.[iii])

b. Die Freien.

CCXIV. Die Eintheilung der Menschen in Freie und Sclaven ist die summa divisio de iure personarum,[a]) durch die Einreihung in die eine oder die andere dieser Classen entscheidet sich, ob der Mensch überhaupt zu den berechtigten Wesen gehört oder nicht. Frei ist, wer nicht Sclave ist; durch diese negative Bestimmung soll angedeutet werden, daß die Freiheit nur ganz allgemein die Möglichkeit von Rechten enthält. Der Begriff der Freiheit bei den Römern ist weit entfernt, einen so mächtigen positiven Inhalt zu haben, als bei den alten Deutschen, die römische Freiheit allein gab noch keineswegs eine bedeutende staats- und privatrechtliche Stellung, unter den Freien selbst bestanden so beträchtliche Unterschiede der Rechtsfähigkeit, daß mit der bloßen Freiheit positiv und actuell noch wenig gewonnen war.

---

eee) Dig. XL 8: qui sine manumissione ad libertatem perveniunt. Vgl. Zimmern Gesch. des röm. Privatr. I § 211.

fff) Cod. VII 13: pro quibus causis servi pro praemio libertatem accipiunt. Schon unter August ließ das S. C. silanianum dem Sclaven die Freiheit geben, der den Mörder seines Herrn entdeckt.

ggg) L. 28. 30. 51 D. de fideic. libert. (40, 5). Vgl. Zimmern Gesch. des römischen Privatr. I § 203.

hhh) L. 4 C. de praep. sacri cubic. (12, 5).

iii) Nov. 5 c. 2 § 1 Nov. 123 c. 4. 17.

a) Gai. I 9.

So giebt es gewisse Zustände, die den Menschen nicht zum Sclaven machen, die also Zustände der Freien sind, aber den, der sich darin befindet, factisch oder rechtlich sehr nahe an die Stellung der Sclaven hinrücken, und die daher als Annäherungen an die Unfreiheit aufgefaßt werden können.

Solche Mittelzustände zwischen Freiheit und Unfreiheit, wie wir sie nennen können, obwohl der darin sich Befindende frei ist, sind folgende:

1) Wer in factischer Dienstbarkeit lebt, indem er irrthümlich für einen Sclaven gehalten wird, ist frei und hat die Rechte eines Freien, aber in gewissen Punkten, namentlich in Beziehung auf gewisse Erwerbungen für den Herrn wird er dennoch wie ein Sclave behandelt. Dieß war nothwendig, wenn nicht durch die Möglichkeit, daß ein vielleicht mit dem besten Grund als Sclave Gehaltener sich hinterher als ein Freier erwies, Unsicherheit und Verwirrung in alle Rechtsverhältnisse, bei deren Eingehung man sich seiner bona fide bedient hatte, kommen sollte.

2) Der auctoratus, d. h. der sich zum Kampfschauspiel durch auctoramentum verdingt, verliert seine Freiheit nicht, aber er kommt doch in eine Gewalt, die ihn in Beziehung auf die verabredete Disposition über ihn in eine sclavenähnliche Stellung bringt, so daß auch mit der actio furti seinetwegen, wie wenn ein Sclave entwendet wird, geklagt werden kann.[b])

3) Wer einen Kriegsgefangenen loskauft, hat ein Pfandrecht an ihm, bis er wegen des Kaufpreises befriedigt wird; so lange ist das Postliminium suspendirt, und der redemtus ab hostibus noch servorum loco.[c])

4) Auch die Schuldknechtschaft des insolventen Schuldners, der dem Gläubiger zugesprochen worden ist, addictus, adiudicatus (§ 179), ist ein der Unfreiheit analoger Zustand. Nach späterem Recht hielt ihn der Gläubiger als einen ihm dienstbaren Arbeiter, um sich aus seinen Diensten allmählich zu befriedigen, wenn er nicht etwa vorher von solchen, die sich für ihn interessirten, gelöst wurde. Gegen den, der ihm den Adjudicatus entwendete, konnte der Gläubiger mit der actio furti klagen.[d]) Im justinianischen Recht besteht diese Art von Personalexecution nicht mehr (§ 188).

5) Ein Freier, der von einem dazu Berechtigten mancipirt wird, verliert dadurch nicht seine Freiheit, aber wie die Mancipation nicht anders als bei einem Sclaven geschieht, wird er servorum loco gestellt, so daß auch die Freilassung der Sclaven auf die in mancipio Seienden angewendet wird, und sie nicht in andrer Art von der Gewalt loskommen können. Nur gelten die Manumissionsbeschränkungen nicht für sie, und sie werden durch die Manumission nicht zu Libertinen, wie denn auch sonst ihre Persönlichkeit durch die Gewalt, in der sie sich befinden, keineswegs absorbirt wird.[e]) Das Weitere ihres Zustands hängt mit der Natur dieser Gewalt, des mancipium, zusammen, von der unten, soweit unsere Quellen darüber Aufschluß geben, die Rede sein wird. Im justinianischen Recht kommt das Mancipium nicht mehr vor.

---

b) Gai. III 199. Acron ad Horat. sat. II 7, 58. — Lex iulia munic. (tab. heracl. v. 112 sq.) Collatio leg. mos. IV 3 XI 2. Schulting iurispr. anteiust. p. 746. 766. — Constantin hat die Gladiatorenkämpfe verboten L. un. C. de gladiatorib. penitus tollend. (11, 44).

c) L. 2 C. de postlim. (8, 50) L. 15. 19 § 9 L. 20 § 2 L. 21 pr. D. de captiv. (49, 15). Nach einem Gesetz des Honorius soll der Redemtus zu fünfjährigem Dienst bei dem Loskäufer, um die Kaufsumme abzuarbeiten, angehalten werden können L. 2 C. Th. de postlim. (5, 5) L. 20 C. I. eod.

d) Gai. III 199.

e) Gai. I 123. 138—141.

5) Von allgemeinerem geschichtlichen Interesse, als irgend einer der bisher erwähnten Mittelzustände ist der durch das Institut des Colonats gegebene, welches sich in der vierten Periode über das ganze römische Reich verbreitet hat.[f])

Der Colonat besteht darin, daß Menschen mit einem Grundstück zum Behuf der Cultur desselben untrennbar verbunden sind. Solche coloni, agricolae, rustici (Bauern, von ihrem Beruf), inquilini, glebae inhaerentes (von ihrer Verbindung mit dem Gut), adscripticii, censiti, tributarii (Kopfsteuerpflichtige, und zwar so, daß der Herr des Guts durch die Kopfsteuer dieser bei dem Gut in die Steuerkataster eingetragenen Bauern haftet), originarii (aus dem Gut stammende, bezeichnet die Colonen, die es durch Abstammung sind) — sind rechtsfähig, aber sie sind doch gewissermaßen Sclaven des Grundstücks.[g]) Manche Rechtssätze sind von den Sclaven auf sie übertragen worden: das Recht der körperlichen Züchtigung, die Vindication, Gleichstellung eines flüchtigen Colonen mit einem servus fugitivus,[h]) auch sollen sie mit keiner Klage gegen den Herrn gehört werden, ausgenommen wegen widerrechtlicher Erhöhung der Abgaben, und wegen Verbrechen.[i]) Das Vermögen eines Colonen heißt sein Peculium (wie bei einem Sclaven), und es gehört mit seiner Person zum Gut, so daß er nichts davon veräußern kann, insofern konnte man dem Herrn ein ähnliches Recht daran, wie an dem Erwerb des Sclaven zuschreiben; aber diese Aehnlichkeit wird auch hier nur durch das Verhältniß zum Gut hervorgebracht, welches die Unterwerfung des Colonen unter den Herrn vermittelt, während das Verhältniß des Sclaven zum Herrn ein rein und unmittelbar persönliches ist.[k]) In der Verbindung mit einem bestimmten Grundstück, von dem der Colone nur in gesetzlich festgesetzten Fällen getrennt werden darf,[l]) liegt aber nicht bloß eine Annäherung des Colonen an den Sclaven (als servus terrae), sondern auch die Verschiedenheit beider, eine Garantie für den Colonen, die ihn der willkürlichen Disposition des Herrn entnimmt. Daher steht der Colone zum Herrn auf dem freien Fuß eines Verpflichteten in Beziehung auf den jährlichen Canon, annua functio, eine Abgabe, die er vertragsmäßig oder nach Herkommen dem Herrn, und zwar regelmäßig in Früchten entrichten muß.[m]) Daher ist es als eine Art von Freilassung zu betrachten, wenn jemand seinen Sclaven zum Colonus macht; davon kommt der Name patronus für den Herrn des Guts.

Sclaven können von ihrem Herrn willkürlich zu Colonen gemacht werden, sie sind wahre Coloni, sowie ihre Verbindung mit dem Gut unwiderruflich geworden ist, und dieß geschieht durch ihre Eintragung in die Steuerkataster bei dem Gut.[n]) Freie können durch Vertrag Colonen werden, nur soll der bloße

---

f) Die Aufmerksamkeit unserer Juristen ist zuerst wieder durch Savigny mittelst einer gründlichen Erörterung des ganzen Instituts darauf gelenkt worden: Ueber den römischen Colonat, Abhandl. der berl. Acad. d. Wiss. 1822. 1823. Mit Zusätzen in der Zeitschrift für gesch. Rechtswiss. VI 4. [Vgl. Zachariä Geschichte des griechisch-römischen Rechts 1877 § 60 und unten Note y.]

g) L. un. C. de col. thrac. (11, 52): — licet condicione videantur ingenui, servi tamen terrae ipsius, cui nati sunt, existimentur.

h) L. 23 pr. 24 C. de agricol. (11, 48).

i) L. 1. 2 C. in quib. caus. coloni (11, 50).

k) L. 2 C. cit. L. 23 § 2 C. de agric. (11, 48) L. 1 C. Th. ne colonus inscio domino alienet peculium, vel litem inferat ei civilem (5, 11). Savigny a. a. O. S. 298 f. Einige hatten ausnahmsweise freie Verfügung über ihr Vermögen L. 18. 23 § 1 C. de agric.

l) L. 2. 7. 13 § 1 C. eod.

m) L. 5. 20 § 2 C. eod. Gregor. M. epist. I 44. Savigny a. a. O. S. 292—297.

n) L. 7 C. de agric. (11, 48).

Vertrag nicht hinreichen, sondern eine gerichtliche Confirmation, oder Eintragung in die Kataster hinzukommen,[o] sodann durch Verjährung, wenn sie dreißig Jahre als Colonen gelebt haben.[p] Der gewöhnlichste Rechtsgrund, aus dem jemand Colone ist, ist die Erzeugung von Eltern, die Colonen sind (woher der Name originarius). Stets ist dieß der Fall, wenn auch nur die Mutter Colona ist,[q] für den Fall, daß nur der Vater Colone ist, hob Justinian anfangs das frühere Recht, welches auch hier das Kind zum Colonen machte, auf,[r] stellte es aber später wieder her.[s] Frei vom Colonat wird der Colone durch die Bischofswürde, keineswegs durch den geistlichen Stand überhaupt.[t] nach vorjustinianischem Recht der Colonus durch dreißigjähriges, die Colona durch zwanzigjähriges Leben außer dem Colonatverband, Justinian aber hat die Berufung auf einen noch so langen freien Zustand untersagt.[u] Eine willkürliche Freilassung aus dem Colonat giebt es nicht, nur wurden die Soldaten, welche die Grundeigenthümer zu stellen hatten, aus den Colonen genommen und die in das Heer aufgenommenen eben dadurch der Leibeigenschaft entzogen.[v]

Die historische Entstehung des Colonats ist so zu denken. Von Alters her unterschied man Sclaven für den städtischen Dienst, und solche, die man zum Landbau gebrauchte. Die familia rustica war in mancher Hinsicht factisch besser gestellt; daß sie nicht dem Luxus und der Mode unterworfen war, daß man den dem Betrieb der Oeconomie nachtheiligen Wechsel vermied, gab diesen Sclaven mit ihren Familien einen ihnen vortheilhaften Zusammenhang mit dem Landgut, von dem vernünftige Herren sie als Accessionen betrachteten, die man nicht ohne Noth davon trennen dürfe. Es war factisch nahezu derselbe Zustand, der nachher im Colonat zu einem rechtlichen wurde. Jenen factischen Zustand in einen rechtlichen zu verwandeln, und dadurch den Eifer und die Betriebsamkeit jener unfreien Arbeiter anzuspornen, sich selbst aber eine erhebliche Rente von dem Gut zu sichern, konnte unter Umständen den Herren, namentlich bei ansehnlichem Grundeigenthum, wünschenswerth erscheinen. Daher gestattete ein Gesetzgeber, Sclaven so freizulassen, daß sie von dem Gut abhängig blieben, mit einem Wort Colonen wurden.[w] Von da an konnte es nicht fehlen, daß auch aus der freien besitzlosen Masse nicht Wenige ihre Unterkunft in diesem Verhältniß suchten. Später trat das Interesse des Staats hinzu, welches eine Ausbreitung des Instituts, und seine Erhaltung und Begünstigung, wo es

---

o) L. 22 pr. C. eod.

p) L. 18 C. eod.

q) L. 16. 21 C. eod. Nach einem Gesetz Valentinian's III soll auch der Mann einer Colona (und umgekehrt die Frau eines Colonus) zum Colonen werden, wenn er sich vor der Curie als solchen erklärt Nov. Valent. tit. 31: de colonis vagis et de advenis.

r) L. 24 C. de agric. (11, 48) Nov. 54 pr.

s) Nov. 162 cap. 2 (a. 539) Const. de adscripticiis et colonis (540). Auch über die Frage, wem die Kinder zufallen, die von Colonen verschiedener Herren erzeugt sind, ist das Recht mehrmals verändert worden, vgl. Savigny a. a. O. S. 279 f.

t) Nov. 123 c. 4. 17.

u) L. un. C. Th. de inquil. (5, 10) L. 23 pr. C. I. de agric. (11, 48).

v) Nov. Valent. tit. 6: de tironib. 1.

w) Wann dieß zuerst geschehen sei, läßt sich freilich so wenig sagen, als zu welcher Zeit das Institut eine so weite Verbreitung erhielt, als es sicher schon zu Constantin's Zeit hatte. Die Stelle Marcian's in L. 112 pr. D. de leg. I (30) läßt sich schwerlich auf andere Art erklären, als durch die Annahme, daß das Verhältniß damals schon bestand (wenn auch nicht in der späteren Ausdehnung), eine Annahme, die denn auch durchaus unbedenklich ist. [Vgl. auch L. 1 C. de infant. expos. 8, 51 (Alexander 224). R.]

schon bestand, zu fordern schien. Es sicherte nämlich die Bebauung des Landes, das außerdem wegen Unerschwinglichkeit der Steuern von den Eigenthümern häufig derelinquirt wurde, und zugleich die Erhebung der Steuern selbst. Daher der Eifer, den die Gesetzgebung diesem Rechtsverhältniß seit Constantin widmete, indem z. B. beträchtliche Strafen auf die Verheimlichung und Entziehung eines Colonus gesetzt wurden; ein Gesetz spricht dem, welcher einem jungen arbeitsfähigen Bettler anzeigt, diesen als Colonen zu[x]) u. s. f. Ein Beispiel der Einführung des Colonats in einer Provinz giebt ein Gesetz Theodosius II von 409. Die Scyren waren durch Krieg der römischen Herrschaft unterworfen worden. Ihr Land oder ein Theil desselben wurde eingezogen und unter die Soldaten vertheilt, diesen Grundeigenthümern aber zugleich das Recht gegeben, sich aus der einheimischen unterjochten Bevölkerung Feldarbeiter zutheilen zu lassen, mit der Bestimmung jedoch, daß sie nicht Sclaven, sondern Colonen sein sollten, und nicht von dem Gut, für das sie gegeben worden, weggebracht werden dürften.[y])

CCXV. Ein Unterschied, der unter den Freien gemacht wird, hängt aufs engste mit dem Institut der Sclaverei zusammen, es ist der zwischen denen, welche von ihrer Geburt an frei sind: Freigebornen, ingenui, und denen, die Sclaven gewesen sind: Freigelassenen, libertini. Nichts ist natürlicher, als die Zurücksetzung der letzten gegen die ersten. Auch die vergangene Sclaverei übt auf die Gemüther noch einen nachhaltigen Einfluß aus, der Freigewordene ist äußerlich, aber nicht auch sofort innerlich ein anderer Mensch. Dem Freigelassenen blieb größtentheils nichts übrig, als die Künste, Geschicklichkeiten, Handthierungen, durch die er seinem Herrn gedient hatte, auch jetzt noch zu betreiben, um seinen Lebensunterhalt zu finden. Das war ein sichtbarer Flecken, der ihm von seinem früheren Stand anhaftete, und ihn in den Augen des Volks herabsetzte.

Die alten Römer wollten den Freigelassenen weder privat- noch staatsrechtlich vollkommen selbständig sein lassen. Sie unterwarfen ihn dem Patronat, einer Gewalt, die späterhin allerdings einen weniger beengenden Charakter annahm, und zuletzt, abgesehen von einzelnstehenden Wirkungen, so gut wie ganz verschwand.[a]) Auf der andern Seite giebt es Minderungen der Rechtsfähigkeit, welche von dem Patronat ganz unabhängig sind, so daß sie auch einen Freigelassenen, der keinen Patron hat, treffen. Vorzugsweise beziehen diese sich auf das öffentliche Recht, die Theilnahme an den Volksversammlungen, die Fähigkeit zu obrigkeitlichen Würden, aber auch auf das Privatrecht hat die Zurücksetzung der Libertinen ihre Wirkung erstreckt.[b]) Eine Lex Visellia hat eine criminelle Anklage gegen solche, die in den Stand und die Vorrechte der Ingenui sich widerrechtlich eindrängen, angeordnet.[c])

---

x) L. un. C. de mendic. valid. (11, 26).

y) L. 3 C. Th. de bonis mil. (5, 4). [Die neuesten Bearbeiter dieser Lehre: A. W. Zumpt über die Entstehung des Colonats (1843), Huschke über den Census der Kaiserzeit (1847) S. 145, Savigny vermischte Schriften (1850) II S. 54 erklären sich sämmtlich gegen die Entstehung des Colonats aus dem Innern des römischen Rechtslebens und für die Ableitung aus wiederholten Ansiedlungen nach Land verlangender Barbaren in den römischen Provinzen, welche Zumpt bis auf den Marcomannenkrieg, Huschke sogar noch höher hinaufführt. R. — Vgl. Heisterbergk die Entstehung des Colonats (1876), Jung in Sybels histor. Zeitschr. XLII (1879) S. 43 ff.]

a) Von diesem Punkt wird noch an einem andern Ort gehandelt werden. [§ 296.]

b) So in dem Recht der Lex Julia und Papia. Es wird davon an den einzelnen Orten die Rede sein, unter einen allgemeinen Begriff lassen sich diese Beschränkungen nicht fassen.

c) L. un. C. ad legem viselliam (9, 21).

Ingenuus ist der nicht als Sclave Geborene (§ 211), vorausgesetzt, daß er nicht nachher in eine iusta servitus gekommen und daraus ohne Restitution seines Geburtsrechts befreit worden ist.[d]) Libertinus ist der aus einer iusta servitus (einer wirklichen, nicht bloß analogen oder factischen, Note d) Manumittirte. Der Eintritt in die Familie eines Freien durch Arrogation macht nicht zum Ingenuus,[e]) wohl aber kann die Ingenuität durch Concession des Princeps erlangt werden, man gebraucht dafür den Ausdruck natalibus restitui, wie bei einem Freigebornen, der als Sclave behandelt worden war.[f]) Diese Concession stellt den Libertinus in jeder Rücksicht dem Ingenuus gleich; es gab aber auch eine Verleihung der Ingenuität, wobei die Patronatrechte vorbehalten wurden und nur in jeder andern Hinsicht der Freigelassene wie ein Ingenuus galt, dieß heißt das ius aureorum anulorum.[g]) Doch sollte auch diese Verleihung geringeren Grads nicht ohne Zustimmung des Patrons geschehen. Justinian hat endlich allen Freigelassenen durch ein allgemeines Gesetz das Jus Anulorum, also den Stand der Ingenuität gegeben.[h])

B. Civitas.

a. Cives.

CCXVI. Die Freien (mögen sie Freigeborene und Freigelassene sein; ja auch die, welche servorum loco sind, werden nicht von dieser Eintheilung ausgenommen) sind entweder Cives Romani oder Nichtcives. Die römische Civität hat eine politische und eine privatrechtliche Bedeutung. In jener Hinsicht giebt sie das ius suffragii et honorum und die Theilnahme an den munera publica. Nicht alle Bürger hatten jene Rechte, ja es gab solche, die nicht einmal der letzteren vollständig fähig waren.[a]) Aus der Geschichte der Verfassung ist ersichtlich, wie die politische Bedeutung der Civität in der dritten Periode unterging. Länger erhielt sich die privatrechtliche, die der Hauptsache nach, und abgesehen von einzelnen besonderen Unterschieden, in der Fähigkeit zu dem ius civile, dem eigenthümlichen Recht des römischen Volks, besteht, dem commercium und connubium (§ 197), welche der Civis vor dem Nichtcivis voraus hat.

Die politischen Wirkungen der Civität setzen eine sittliche Achtung (existi-

---

d) Die Ingenuität wird nicht verloren: 1) wenn jemand aus dem Mancipium oder aus einer bloß factischen Dienstbarkeit, z. B. weil man ihn für einen Sclaven gehalten hat, manumittirt worden ist (beides: das bloße servorum loco esse und das in servitute esse, d. h. in factischer im Gegensatz zu servum esse, steht der iusta servitus gegenüber) § 1 I. de ingenuis (1, 4) Paul. V 1, 2 L. 1—4. 8 C. de ingen. manum. (7, 14), 2) durch Gefangenschaft, sofern das Postliminium die Geburtsrechte restituirt L. 21 pr. D. de captiv. (49, 15) L. 9 C. de ingen. manum. Quintil. inst. V 10, 60.

e) Gell. V 19.

f) Dig. XL 11: de natalibus restituendis Cod. VI 8: de iure aur. anul. et nat. restituendis.

g) Dig. XL 10: de iure aureorum anulorum. Fragm. vat. 226: ius anulorum ingenuitatis imaginem praestat salvo iure patronorum patronique liberorum L. 3 pr. D. de bon. lib. (38, 2): — hic enim vivit quasi ingenuus, moritur quasi libertus.

h) Nov. 78 c. 1. 2. Er nennt cap. 1: καὶ τὸ τῶν χρυσῶν δακτυλίων καὶ τὸ τῆς παλιγγενεσίας δίκαιον, welches letzte offenbar das natalibus restitui bedeuten soll, aus dem cap. 2 aber ergiebt sich, daß das letztere zwar ebenfalls nicht mehr von einer besondern kaiserlichen Verleihung abhängig sein soll, wohl aber einen Verzicht des Patrons auf die Patronatrechte voraussetzt. Unrichtig faßt Walter Gesch. d. R. R. (1. Aufl.) S. 516 das Gesetz auf.

a) Vgl. Band I § 60.

matio) voraus, in welcher der Bürger bei seinen Mitbürgern steht, ja diese Voraussetzung wird sich auch auf gewisse privatrechtliche Verhältnisse erstrecken, auf solche nämlich, die einen näheren Zusammenhang mit der öffentlichen Stellung haben. Der Verständige wird nicht dafür halten, daß die öffentlichen Angelegenheiten unter der Mitwirkung und dem Einfluß sittlich verächtlicher Personen wohl berathen seien, mag sich auch gegen ihre abstract rechtliche Stellung und gegen ihre Geschicklichkeit nichts einwenden lassen, und diese Ueberzeugung wird sich zu Rechtssätzen ausbilden, wodurch Verächtliche von gewissen Befugnissen, die außerdem in der Civität liegen, ausgeschlossen werden.

An sich kann keinem Bürger die Achtung versagt, es muß ihm eine dignitas (Ehre) darum, daß er Civis ist, zugeschrieben werden. Diese Achtung geht völlig unter (existimatio consumitur) nur dann, wenn das Vergehen, dessen er sich schuldig gemacht hat, den Verlust der Civität zur Folge hat, so lange er Civis bleibt, muß bei ihm stets noch, wenn auch nur ein Rest jener Ehre, angenommen werden.[b]) Aber diese befleckte Ehre ist nicht hinreichend zu den vollen bürgerlichen Rechten, die existimatio, die für die volle Rechtsfähigkeit vorausgesetzt wird, ist der Zustand der Unbescholtenheit, der unverminderten Ehre,[c]) schon eine Minderung derselben bringt den Bürger um gewisse Rechte, die nur dem unbescholtenen zuerkannt werden.

Der Zustand geminderter Ehre heißt überhaupt ignominia, nota. Der Hauptfall ist die minutio existimationis durch einen Rechtssatz, der mit einem gewissen Umstand, welcher den Bürger in der sittlichen Achtung herabsetzt, eine Minderung der Rechtsfähigkeit verbindet. Dieß ist die Bedeutung der infamia, die, ursprünglich ein sehr folgenreiches Rechtsinstitut, allmählich immer mehr an ihrer Wichtigkeit verloren hat.[d])

Die ursprüngliche Bedeutung der Infamia ist die, daß der Infamis, während er Civis bleibt, die politischen Rechte der Civität verliert, also die Fähigkeit aller Aemter, die zu den honores gerechnet werden,[e]) und das Stimmrecht in der Volksversammlung.[f]) Der Prätor hat den Infames das Recht zu postuliren,[g]) und als Stellvertreter eines andern aufzutreten, zum Theil auch das Recht, durch einen Stellvertreter den Proceß zu führen, beschränkt (§ 155. 156), die lex iulia de maritandis ordinibus beschränkte sie in Beziehung auf die Ehe. Einige sind durch Gesetz vom Zeugniß ausgeschlossen, theils in den Gerichten, theils auch vom Solennitätszeugniß,[h]) was daher keine allgemeine

---

b) L. 5 § 3 D. de extrao. cogn. (50, 13): Consumitur vero (existimatio), quotiens magna capitis minutio intervenit, id est cum *civitas aut* libertas adimitur, veluti cum aqua et igni interdicitur, quae in persona deportatorum venit, vel cum plebeius in opus metalli vel in metallum datur —. Die cursiv gedruckten Worte müssen als von den Compilatoren gestrichene hinzugedacht werden.

c) L. 5 § 1 D. eod.: Existimatio est dignitatis inlaesae status legibus ac moribus comprobatus, qui ex delicto nostro auctoritate legum aut minuitur aut consumitur.

d) Eine neue Darstellung dieser Lehre, wodurch sie in ihr wahres Licht gesetzt worden ist, s. in Savigny's System des heut. R. R. II § 76—83 und Beil. VII. Eine frühere Schrift über diesen Gegenstand ist: Marezoll über die bürg. Ehre, ihre gänzliche Entziehung und theilweise Schmälerung 1824. [Vgl. A. Pernice Labeo I S. 240 ff.]

e) Cic. pro Cluentio 42 L. 1 pr. D. ad L. iul. de vi priv. (48, 7) L. un. C. de infamibus (10, 58?). Die Lex Julia municipalis hat dieß ausdrücklich auch auf die Municipalwürden erstreckt Tab. heracl. v. 108—141.

f) Vgl. Bd. I § 69 Note f. k. q.

g) L. 1 D. de his, qui notantur infamia (3, 2).

h) L. 1 § 1 L. 14. 15 pr. 21 pr. D. de testib. (22, 5) L. 20 § 5 D. qui testam. (28, 1).

Folge der Infamia ist; wenn die Zwölf Tafeln gewisse Personen für improbi et intestabiles erklären,[i]) so ist der erste Ausdruck wahrscheinlich gleichbedeutend mit infamis, der zweite bezeichnet die besondere Folge der Unfähigkeit zum Zeugniß, die keineswegs auch andern Fällen der Infamia angehört.

Infames sind alle in einem iudicium publicum (einem durch eine Lex geordneten Criminalverfahren, im Gegensatz zu dem crimen extraordinarium) Verurtheilten,[k]) der auf die actio furti, vi bonorum raptorum, iniuriarum, doli Verurtheilte, oder wer sich von diesen Klagen losgekauft hat,[l]) der wegen Zinswuchers[m]) und auf die actio fiduciae, pro socio, tutelae, mandati, depositi (directa) Verurtheilte,[n]) der Soldat, der eine missio ignominiosa erhält, der Delator an den Fiscus, wenn seine Denuntiation sich als unbegründet ausweist,[o]) der Insolvente, dessen Güter von den Gläubigern nach erfolgter Missio proscribirt und verkauft sind.[p]) In allen diesen Fällen ist es ein richterliches Urtheil oder eine obrigkeitliche Verfügung, oder was dem gleich gestellt ist, welches den Eintritt der Infamia bedingt und vermittelt (man hat daher dafür den Namen infamia mediata erfunden). Aber es giebt auch Fälle, wo eine Handlung oder ein Zustand unmittelbar infamirt, ohne daß es eines Urtheils bedarf (s. g. infamia immediata). Dahin gehört die Infamia der im Ehebruch ergriffenen Frau,[q]) des Verletzers eines eidlich bekräftigten Vergleichs,[r]) des Vormunds, der seine Mündelin heirathet oder sie von seinem Sohn heirathen läßt, ehe sie volljährig geworden, und die zustehende Restitution verjährt ist,[s]) die Infamia, die eine Folge doppelter Ehe oder doppelter Sponsalien, der Verletzung des Trauerjahrs, des Dienens fremder Wollust als Gewerbe oder wider die Natur, des Auftretens als Schauspieler, der Vermiethung zu Thierkämpfen war.[t])

---

i) Gell. XV 13: „qui se sierit testarier libripensve fuerit, ni testimonium fariatur, improbus intestabilisque esto“ (s. oben § 174) Gell. VI 7 L. 26 D. qui testam. (28, 1).

k) L. 7 D. de publ. iud. (48, 1). Nur nach und nach hat sich dieser Rechtssatz als ein allgemeiner für alle iudicia publica gebildet, s. Savigny a. a. O. S. 173.

l) L. 1. 6 § 2. 3 D. de his qui not. (3, 2). In diesen Fällen ist die Infamia auch die Folge einer Verurtheilung auf eine accusatio, die extra ordinem wegen dieser Delicte erhoben worden ist.

m) L. 20 C. ex quib. caus. infam. (2, 11).

n) Cic. pro Roscio com. 6, pro Caec. 2, 3 Lex iulia munic. (tab. heracl. v. 111).

o) L. 2 pr. 18 § 7 D. de iure fisci (49, 14).

p) Lex iulia mun. (tab. heracl. v. 113 sqq.) queive in iure abiuraverit, bonamve copiam iuravit, iuraverit, quei sponsoribus creditoribusque suis renuntiavit renuntiaverit, se soldum solvere non posse, aut cum iis pactus est, erit, se soldum solvere non posse, prove quo datum depensum est, quoiusve bona ex edicto — possessa proscriptave sunt, erunt. [Das Gesetz unterscheidet vier durch ve getrennte Fälle der Infamia: 1) gewissenloses Abschwören der Schuld auf einen in iure deferirten Eid (Plaut. menaechm. IV 2, 12—14. Sallust. Cat. 26 fidem prodiderat, creditum abiuraverat. Serv. Aen. VIII 263 abiurare est rem creditam negare periurio. Paul. II 1 C. IV 1 de rebus creditis et iureiurando. L. 14 D. de iureiur. 12, 2); 2) gewissenloses Beschwören der Solvenz, nachdem man vorher schon die Insolvenz angezeigt oder Nachlaß erhalten hatte — (bonamve copiam iuravit — posse gehört zusammen (Huschke Recht des Nexum S. 138 Note 189) und darf nicht mit bonam copiam eiurare (Cic ad fam. IX 16 Fest. eiuratio), seinem directen Gegentheil, verwechselt werden); 3) Steckenlassen der Bürgen; 4) Missionen und Proscription, ausgenommen gegen das Vermögen eines Abwesenden und Pupillen § 179 kk. R.]

q) L. 43 § 12. 13 D. de ritu nupt. (23, 2).

r) L. 41 C. de transact. (2, 4).

s) L. 66 pr. D. de ritu nupt. (23, 2) L. 6. 7 C. de interd. matr. inter pup. (5, 6).

t) L. 1 § 6 D. de postul. (3, 1) Lex iulia mun. (tab. heracl. v. 122. 123) L. 1 D. de his qui not. inf. (3, 2).

Die Infamia ist aber nicht die einzige Ehrenminderung, die rechtlich in Betracht kommt. Der Censor, dem es oblag, einen Theil der politischen Wirkungen der Infamia zu realisiren, durch Ausstoßung des Infamis aus den Tribus, dem Senat und dem Ritterstand, hatte in seiner Amtsgewalt das Mittel, auch außer den gesetzlichen Fällen seiner Ueberzeugung von der Unwürdigkeit eines Bürgers, als Organ des Nationalgefühls Folge zu geben durch Entziehung der politischen Rechte, indem er einen Bürger aus den Tribus u. s. f. entfernte, oder ihn überhaupt durch Beisetzung eines ihm zu machenden Vorwurfs bei seinem Namen in den Listen (subscriptio censoria) der öffentlichen Mißachtung überlieferte (Bd. I S. 115 f.). Aber auch andere Behörden und eben so die Richter hatten in ihrem Wirkungskreis das Recht, der Ueberzeugung des Volks und ihrer eigenen von der Unwürdigkeit eines Bürgers Wirksamkeit zu verschaffen in Verhältnissen, bei denen eine Entscheidung nach einem durch die Qualität der Person bestimmten Ermessen eintritt, wie z. B. bei der Beurtheilung der Glaubwürdigkeit eines Zeugnisses, ferner der Begründung der querela inofficiosi testamenti, wo nicht blos auf die Infamia, sondern auch auf eine solche ignominia oder nota, die es in den Augen des Volks ist, wenn ihr auch nicht durch ein bestimmtes Gesetz der Charakter der Infamia gegeben wird, Rücksicht genommen werden muß.[u]) So kommen neben den infames auch andere ignominiosi, notati, turpes personae im Recht zur Sprache, obwohl eine solche unbestimmte Ehrenminderung niemals gleiche Bedeutung mit der Infamia gehabt hat.

Allerdings aber hat sich gerade diese unbedeutendere Wirkung, welche die Infamia mit der sonstigen nota oder turpitudo gemein hat, länger erhalten, als die eigenthümliche der Infamia selbst. Von der Entziehung des ius suffragii konnte schon unter den Principes nicht mehr die Rede sein, auch die des ius honorum wurde unter dem despotischen Regiment unpraktisch. Die Gemeindeämter, auf die man die Unfähigkeit der Infames vorzugsweise hätte anzuwenden gehabt, wurden so sehr geflohen, daß es als eine Wohlthat erschien, derselben unfähig zu sein (Bd. I § 123). Die Beschränkung der Ehe hörte auf. Ebenso die Beschränkung der Stellvertretung im Proceß.[v]) Die Unfähigkeit zu postuliren (zur Advocatur) ist als eigenthümliche Wirkung der Infamia geblieben, diese Wirkung fällt indessen nach der späteren Gerichtsverfassung unter die Unfähigkeit zu Aemtern, denn ein solches ist die Advocatur in jener Zeit geworden (§ 183).

Wir haben in der Ehrenminderung eine Quelle von Unterschieden innerhalb der Civität kennen gelernt, die sich zunächst auf das öffentliche Recht bezog, aber auch auf das Privatrecht nicht ohne Einfluß blieb. Es giebt noch andere Momente von solcher Wirkung. Im älteren Recht gehörte dahin die Unterscheidung der Bürger in Patricier und Plebejer, die auch die Privatrechtsfähigkeit afficirte. Es ist in der Geschichte des Rechts angegeben worden, wie dieser Unterschied nach und nach seine Bedeutung verlor. Das Einzelne wird bei den einzelnen Rechtsinstituten vorkommen. Andere Standesverschiedenheiten haben besonders im späteren Recht in manchen Punkten eine erhebliche Differenz der Rechte zur Folge, wie der Soldatenstand, später der Staaatsdienst überhaupt. Unter den christlichen Kaisern wurde die Religion eine bedeutende

---

u) L. 27 C. de inoff. test. (3, 28). [Die Maßregeln bei Cic. in Verr. II 2 c. 27 beruhen jedoch auf reiner Willkür. R.]

v) § ult. I. de except. (4, 13).

Quelle der Rechtsverschiedenheit; theils das Bekenntniß einer von dem Christenthum verschiedenen Religion, theils vornehmlich das einer Abweichung von der orthodoxen christlichen Lehre (die Häresie) und der Abfall vom Christenthum oder von der orthodoxen Lehre (die Apostasie), hatten Beschränkungen der Rechtsfähigkeit zur Folge, die bei manchen Häretikern und Apostaten nahe an eine völlige Rechtlosigkeit streiften.[w])

b. Nichtcives.

CCXVII. Es gab eine Zeit, wo jeder Nichtcivis an sich in Rom rechtsunfähig war. Dieser Zustand wurde durch Bündnisse mit auswärtigen Völkern modificirt, die Erweiterung dieser Bündnisse und die Unterwerfung anderer Völker unter die römische Herrschaft, ihre mehr oder weniger vollständige Incorporation in den römischen Staat, ohne daß die Unterworfenen der römischen Civität theilhaftig wurden, brachte eine Umkehr jenes alten Rechtssatzes hervor. Auch die Nichtcives, wenn sie frei waren, wurden im allgemeinen als rechtsfähig erklärt, nur bestand freilich noch immer der große Unterschied zwischen ihnen und den Bürgern, daß jene nicht bloß der politischen Rechte entbehrten, sondern auch das ius civile als ein proprium ius civium romanorum festgehalten wurde, und die Nichtcives der Regel nach auf das Jus Gentium angewiesen waren.[a])

Den vollständigen Gegensatz gegen die Cives bilden die peregrini. Für die Zeiten des äußeren Wachsthums des römischen Staats hat man bei diesem Ausdruck nicht bloß an auswärtige Nationen zu denken, der größte Theil der Einwohner der römischen Staatsgebiete selbst bestand aus solchen Nichtcives, ja diese gerade haben wir uns als die Personen vor Augen zu stellen, durch welche der Begriff vornehmlich praktisch war. Der Begriff der Peregrinität enthält die Unfähigkeit des ius civile, den Mangel des Commercium und des Connubium. Dieß schließt nicht aus, daß man einzelnen Peregrinen, ohne ihnen die Civität zu ertheilen, das Commercium: die Fähigkeit des Eigenthums nach ius quiritium mit seinen Erwerbungen, römischer Obligationen, römischer Testamente und der Erwerbung daraus — ganz oder theilweise,[b]) ebenso das Connubium: die Fähigkeit römischer Ehe und Familienrechte[c]) durch besondere Concession verleihen konnte. Noch weniger wird jenes Princip der Unfähigkeit zum Jus civile dadurch verändert, daß manche Vorschriften römischer Leges auf die Peregrinen durch Gesetze übertragen wurden,[d]) oder der Prätor manche

---

w) Vgl. Zimmern Gesch. des röm. Privatr. I § 130.

a) S. im ersten Band die Geschichte des Jus Gentium § 83. 84.

b) Ulpian. XIX 4: Mancipatio locum habet inter cives romanos et latinos coloniarios latinosque iunianos eosque peregrinos, quibus commercium datum est. XX 14 Cic. pro Archia 5: — iis temporibus, quae tu criminaris ne ipsius quidem iudicio eum in civium romanorum iure esse versatum, et testamentum saepe fecit nostris legibus et adiit hereditates civium romanorum.

c) Ulpian. V 4: Connubium habent cives romani cum civibus romanis, cum latinis autem et peregrinis ita, si concessum sit. Den gewöhnlichsten Fall, wo dieses geschah, erwähnt Gaius I 57, wozu die Soldatenabschiede zu vergleichen sind, in denen es heißt, z. B. — veteranis — honestam missionem et civitatem dedit, quorum nomina subscripta sunt, ipsis, liberis posterisque eorum, et connubium cum uxoribus, quae tunc habuissent, cum est civitas iis data, aut si qui caelibes essent, cum iis, quas postea duxissent dumtaxat singuli singulas s. Haubold opusc. II p. 852 sqq. Die Frauen blieben Peregrinen, aber die Ehe sollte eine römische sein, und die römischen Folgen, namentlich in Beziehung auf die Kinder haben. Vgl. Savigny System II S. 41 ff.

d) Z. B. § 213 Note hh.

Sätze des Jus civile durch Fiction auf sie anwendbar machte.[e]) Außerdem sind die Peregrinen nur des Jus Gentium fähig, und ihrer besonderen Landesrechte, so weit sie von den Römern anerkannt werden.[f])

Peregrine ist jemand von Geburt, der Regel des Jus Gentium nach (§ 211), wenn seine Mutter Peregrina ist, wessen Standes auch der Vater sein möge. Anders wenn die Mutter mit dem Vater Connubium hatte (Note c), hier tritt das Princip des Jus civile ein, daß die Kinder dem Stand des Vaters folgen. Es ist oben ausgeführt worden (§ 213 Note xx), daß die Lex Aelia Sentia gewisse Freigelassene zu Peregrinen machte mit dem Recht, durch Ehe mit Cives oder Latinen zur Civität zu gelangen, eine solche Ehe ex lege aelia sentia war eine civilrechtliche zu nennen, man konnte sagen, das Gesetz habe Connubium unter jenen Personen eingeführt,[g]) und es trete daher die civilrechtliche Regel ein, daß das Kind dem Stand des peregrinischen Vaters folge. Dieß ließ sich ex lege aelia sentia jedoch nur im Fall einer solchen Ehe behaupten, in andern Fällen mußte man bei der Regel des Jus Gentium stehen bleiben, wonach das z. B. von einer Civis Romana mit einem Peregrinen erzeugte Kind Civis ist. Ein Senatsbeschluß aber unter Hadrian verordnete, daß überall, möge Connubium sein oder nicht, das Kind eines Peregrinus ebenfalls Peregrine werden solle.[h]) Peregrine kann jemand auch werden durch Verlust der Civität (§ 220), endlich durch Freilassung ex lege aelia sentia. Der eine Fall der letzteren ist so eben wieder erwähnt worden, er ist durch die Lex Junia weggefallen, der andere ist bis auf die späteren Zeiten geblieben: die dediticia libertas (§ 213), durch welche eine besondere, gegen die sonstige ungünstiger gestellte Classe der Peregrinität entstand. Der Name dediticii rührt von den Völkern her, die durch Waffengewalt und Dedition der römischen Herrschaft unterworfen wurden,[i]) und die in eine ungünstigere Stellung zu dem römischen Staat, als andere ihm unterthänige gebracht zu werden pflegten. Der Unterschied bezog sich mehr auf das öffentliche Recht, und so sind im Grunde auch die Freigelassenen, welche ex lege aelia sentia dediticiorum numero sind, in Beziehung auf die privatrechtliche Fähigkeit nicht von andern Peregrinen unterschieden, nur daß bei ihnen von der Anwendung eines besonderen Landesrechts nicht die Rede sein konnte (Note f). Dieß letztere gilt auch von

---

e) Gai. IV 37.

f) Diese Berücksichtigung particulärer Landesrechte kam besonders in der Provincialjurisdiction, und hier vornehmlich da vor, wo die Provincialen einheimische Richter erhielten, Band I § 67. Vgl. Ulpian. XX 14: — is qui dediticiorum numero est, testamentum facere non potest—quoniam nec quasi civis romanus testari potest, cum sit peregrinus, nec quasi peregrinus, quoniam nullius certae civitatis civis est, ut adversus leges civitatis suae testetur.

g) Gai. I 80. nur daß hier die Sache nach dem späteren Recht (seit der Lex Junia) dargestellt wird, wo jene Peregrinen der Aelia Sentia als Latinen behandelt wurden, s. § 213 Note xx.

h) So stellt Gaius I 78 die Sache dar. Bei Ulpian dagegen findet sich folgende Aeußerung V 8: Connubio interveniente liberi semper patrem sequuntur, non interveniente connubio matris condicioni accedunt, excepto eo, qui ex peregrino et cive romana peregrinus nascitur, quoniam lex *mensia* ex alterutro peregrino natum deterioris parentis conditionem sequi iubet. Eine Lex Mensia wird nur an dieser Stelle erwähnt. Erwägt man, daß in der Handschrift der Name der Aelia Sentia nirgends richtig geschrieben ist, so wird es erlaubt sein, anzunehmen, daß unter diesem mensia ebenso' jenes Gesetz verborgen liege, wie an den übrigen Orten unter ascia. Das Resultat ist dann, daß Ulpian nur unvollständig in der Angabe der Quellen ist, indem er nur eine nennt, und das ergänzende S. C. wegläßt, wie er umgekehrt III 3 nur die Lex Junia nennt, ohne die Lex Aelia Sentia zu erwähnen. [Studemunds Lesung von Gai. I 78 widerlegt dies, berichtigt aber den Namen des Gesetzes in minicia.]

i) Gai. I 14. Diese Stelle ist es ohne Zweifel, aus der Theophilus (I 5, 3) und Isidorus (Orig. IX 4, 49) geschöpft haben, was sie über diesen Punkt mittheilen.

denen, die durch eine Strafe die Civität verloren haben, und Peregrinen geworden sind.[k])

Zwischen den Peregrinen und den Cives besteht eine Mittelstufe: die Latinität, deren privatrechtliche Bedeutung die Fähigkeit zu den römischen Vermögensrechten, das Commercium ist. Den Mangel des Connubiums haben die Latini mit den Peregrinen gemein.[l])

Als ein Begriff des öffentlichen Rechts hat die Latinität unbezweifelt ein sehr hohes Alters, er ist durch die politischen Vorzüge entstanden, die das latinische Volk (nomen latinum) vor andern socii populi romani voraus hatte, und die auch auf die coloniae latinae (latini coloniarii im Gegensatz zu jenen latini, die, wie Gaius I 79 sagt, peregrinorum numero waren, d. h. einen besonderen Staat bildeten) übertragen wurden. Es fragt sich aber, ob auch jene privatrechtliche Bedeutung (Commercium ohne Connubium) schon in die „Latinität" des latinischen Volks und der latinischen Colonien gelegt werden darf?[m]) Es existirt kein irgend haltbarer Grund für das Gegentheil;[n]) so scheint mir als das Natürlichste angenommen werden zu müssen, daß schon in dem Recht des latinischen Volks das Commercium als privatrechtliches Element des Verhältnisses lag, und daß es von diesem auf die latinischen Colonien überging, nicht erst, wie man geglaubt hat, in späterer Zeit willkürlich und ohne Vorgang für diese erfunden worden ist. Denn daß latinische Colonien das Commercium gehabt haben, ist ausgemacht, bestritten ist nur, ob alle oder, wenigstens von Anfang, nur einige dieses Vorzugs theilhaftig gewesen sind.[o])

Zwei Classen von Rechten sind in dem Commercium enthalten: der Vermögensverkehr unter Lebenden und die testamentarische Erbfolge. Nun wäre es wohl denkbar, daß man den latinischen Colonien (vielleicht auch schon dem latinischen Volk) nur den ersten Theil des Commerciums zuerkannte, bei dem die Römer selbst theils ein Privatinteresse hatten, für ihren Verkehr mit jenen Städten, theils ein öffentliches, weil dieses Commercium nöthig war, um sie dem römischen Census zu unterwerfen, während man nicht geneigt war, zuzulassen, daß römisches Gut durch Erbfolge an sie komme. Dieser Theil des Commerciums wäre dann etwa einigen Colonien als Vorrecht ertheilt worden, und erst später an alle gekommen. Wie dem auch sei, eine sichere Thatsache ist es, daß Cicero von einer Zeit spricht, wo nur eine gewisse Anzahl latinischer Colonien das Recht hatte, daß ihre Bürger aus dem Testament eines römischen

---

k) L. 17 § 1 D. de poen. (48, 19): — ἀπόλιδες — sine civitate.

l) S. Note b. c.

m) Vgl. darüber im ersten Band § 62. 63.

n) Daß Gaius I 79 das latinische Volk zu den Peregrinen nicht in dem privatrechtlichen Sinn, wo das Wort den Mangel des Commercium und Connubium bezeichnet, rechnet, ist so eben schon bemerkt worden. — Huschke (Servius S. 571 Note 90), der annimmt, Latium und die latinischen Colonien hätten ursprünglich das Commercium gehabt, glaubt, es habe nach dem großen latinischen Krieg aufgehört, wegen Liv. VIII 14: ceteris latinis populis connubia commerciaque et concilia inter se ademerunt. Aber das *inter se* geht auch auf connubia und commercia: es wurde der politische, und der größeren Sicherheit gegen neue Einverständnisse wegen, auch sogar der privatrechtliche Verkehr der Städte unter einander verboten.

o) Gaius III 56 (und ähnlich Fragm. dosith. 8) sagt, die Freigelassenen ex lege Iunia seien latini genannt worden, quia lex eos liberos perinde esse voluit, atque si essent cives romani ingenui, qui ex urbe Roma in latinas colonias deducti latini coloniarii esse coeperunt, er knüpft also den Rechtszustand jener an den dieser an, oder vielmehr er sagt, das Gesetz habe ihn daran angeknüpft, und darin liegt, daß der Gesetzgeber das Commercium als eine herkömmliche Qualität der Coloniarlatinen annahm, und zwar aller ohne Unterschied, womit die künstliche Entstehung als eine erfonnene Singularität sich nicht sonderlich verträgt.

Bürgers etwas erwerben konnten.[p]) Eben so gewiß ist, daß zur Zeit der classischen Juristen alle latini coloniarii das volle testamentarische Erbrecht besaßen. Dagegen gab es seit der Lex Junia (§ 213) eine Art von Latinen, die in dieser Beziehung wiederum beschränkt waren. Es sind die latini iuniani, welche, in unvollkommener Form freigelassen, durch die Lex Junia für frei und Latinen erklärt sind. Diese haben das Commercium, wie die latini coloniarii, ja sie haben damit auch an sich das testamentarische Erbrecht, weshalb sie z. B. bei einem Testament Zeugen sein können, aber das Gesetz hat ihnen durch eine singuläre Vorschrift das Recht, ein Testament zu machen, und folgeweise auch das, aus einem Testament zu erwerben und zu Tutoren darin ernannt zu werden, entzogen.[q])

Zur Zeit der classischen Juristen gab es folgende Arten von Latinen;

1) Latinität durch Bürgerrecht in einer Commune, welcher das Ius Latii ertheilt worden ist. Dieß ist die Latinität der latini coloniarii, die das volle Commercium ohne irgend eine Beschränkung in sich schließt.

2) Latinität durch Freilassung. Auch diese begreift das Commercium, aber es kommen hier Beschränkungen vor, welche eine weitere Classification dieser Latinen erheischen. Auf den Grund einer Freilassung (unmittelbar oder mittelbar) sind Latinen:

a) die von dem bonitarischen Eigenthümer, ferner von dem Eigenthümer während eines an dem Sclaven bestehenden Ususfructus oder Pfandrechts Freigelassenen (§ 213, 2);

b) die unter dreißig Jahren ohne Beobachtung der von der Lex Aelia Sentia gegebenen Vorschrift Freigelassenen (§ 213, 3);

c) die inter amicos, per epistolam u. s. f. Freigelassenen, denen die Lex Junia die latinische Freiheit giebt, die latini iuniani (§ 213, 1), wohin dann auch gewisse ohne eigentliche Manumission Freiwerdende gerechnet wurden;[r])

d) die Nachkommen solcher Freigelassenen, deren Latinität sich also wenigstens mittelbar von einer Freilassung, ihrer Vorfahren nämlich, herschreibt.

Gewiß ist es, daß die unter c Genannten der obengedachten Beschränkung hinsichtlich des testamentarischen Erbrechts unterliegen, wie es auf der andern Seite nicht bezweifelt wird, daß die unter d von dieser Beschränkung frei sind. Was nun die unter a und b Aufgeführten anlangt, so pflegen die Neueren sie unter dem Namen der iuniani mit zu begreifen, wozu die Redeweise der Quellen durchaus keine Berechtigung giebt,[s]) und auch für sie jene Beschränkung stillschweigend anzunehmen. In unsern Quellen wird weder dieß noch das Gegentheil ausdrücklich gesagt. Suchen wir aber die Frage nach dem Sinn der Lex Junia zu beantworten, so war der Grund, aus dem sie ihren Latinen jene Beschränkung auferlegte, folgender. Die inter amicos u. s. f. Freigelassenen waren bis auf dieses Gesetz Sclaven, nur von Sclavendiensten frei gewesen, was sie erwarben, war ein Peculium, das bei ihrem Tod dem

---

p) Band I § 63 a. E. Es liegt darin keineswegs, daß in den übrigen keine römischen Testamente hätten gemacht werden können, wohl aber, daß auch die Römer aus den Testamenten solcher beschränkter Latinen nichts erwerben konnten.

q) Gai. I 22—24 III 56. Ulpian. XX 8. 14 XXII 3. Eine besondere Schrift über diesen Gegenstand ist: v. Wangerow über die Latini Juniani 1833.

r) L. un. § 3. 4 C. de lat. lib. toll. (7, 6).

s) Daß z. B. Ulpian XIX 4 nur cives romani, latini coloniarii, latini iuniani, peregrini aufführt (Note b), kann nicht beweisen, weil die Aufzählung in jedem Fall eine unvollständige bleibt, da sie auch bei jener Ausdehnung des Ausdrucks latini iuniani nicht die Nachkommen derselben begreifen würde.

Herrn oder seinen Erben zufiel. Dieß war die Absicht der Herren, wenn sie einen Sclaven auf jene unförmliche Weise frei zu geben sich begnügten. Hätte nun die Lex Junia erklärt, solche Freigelassene sollten Latinen mit dem Recht zu testiren sein, also mit der Möglichkeit, ihren Freilassern ihr Vermögen durch Testament ganz oder theilweise zu entziehen, so würde sie ganz ohne Noth den Herren die Möglichkeit, eine Gunst unbeschadet ihres Interesses zu erweisen, entzogen, und dadurch zugleich den Sclaven einen schlechten Dienst gethan haben, indem nun gewiß viele Herren der Freilassung, da sie nicht mehr mit Vorbehalt des vollen Erwerbs der Hinterlassenschaft hätte geschehen können, sich ganz enthalten hätten. Es ist also der von der Lex Junia im wesentlichen respectirte Wille des Herrn, der den Latini Iuniani jene Beschränkung auferlegt. Kann man dasselbe sagen bei den von dem bonitarischen oder sonst beschränkten Eigenthümer, ferner bei den in einem Alter unter dreißig Jahren Freigelassenen? Keineswegs; hier den Herren jenen Vortheil zuzuwenden, wäre ohne alle Raison, wenigstens nicht der ratio legis iuniae gemäß gewesen. Hätten nun die römischen Juristen dennoch diese andern Latinen wie die Iuniani behandelt, so hätten sie einen ganz andern Grund dafür haben müssen: ein solcher ist uns nicht bekannt, wir sind daher auch nicht berechtigt, jene gleiche Behandlung, die durch keine Stelle bezeugt wird, anzunehmen.

Bei der Aufzählung der Latinen durch Freilassung ist nur auf die durch Cives Romani Freigelassenen Rücksicht genommen worden. Eine andere Classe derselben bilden die durch Latinen, die der römischen Freilassungen fähig sind, Manumittirten. Diese können stets nur Latinen werden; auch sie aber sind keine Iuniani, nur für die von Iuniani Freigelassenen könnte man sich die Beschränkung, der ihr Manumissor unterlag, denken, zum Vortheil des Patrons dieses Letzteren.[t])

c. Uebergang zur Civität.

CCXVIII. Civis ist jemand entweder von Geburt, oder ist es erst nachher geworden. Von den letzteren Fällen steht am nächsten der Geburt die Erwerbung der Civität durch Freilassung, wo jemand Civis wird in dem Augenblick, zwar nicht, wo er Mensch wird, aber wo er in die Reihe der berechtigten Wesen eintritt. Endlich kann jemand, der bisher schon eine rechtliche Existenz hatte, die Civität erwerben, und dadurch aus einem geringeren Stand: der Peregrinität oder Latinität, in jenen höheren übertreten.

Durch Geburt wird Civis der in einem legitimum matrimonium Erzeugte, wenn es der Vater gewesen ist, außerdem wenn die Mutter diesem Stand angehört. Die Modificationen dieses Grundsatzes sind schon an andern Orten vorgekommen (§ 211. 217).

Durch Freilassung wird Civis der von einem Civis Manumittirte. Die bedeutenden Modificationen dieser Regel sind oben angegeben worden (§ 213. 217).

Ein Peregrine oder Latine kann durch ein Gesetz die Civität erwerben, welches einem gewissen Umstand diese Folge beilegt.[a]) Die meisten dieser Er-

---

t) Daß wir das Detail aller dieser einzelnen Fälle in unsern Quellen nicht erörtert finden, darf bei der Beschaffenheit derselben nicht wundern. Es konnte nicht in die compendiarischen Werke aufgenommen werden, die uns in ihrer Reinheit überliefert sind, und von den Schriften, in die es gehört, sind uns für diese Materie nur Excerpte in einer Compilation zugekommen, deren Verfertiger jenes Recht als antiquirt wegzulassen hatten.

a) Nur den peregrini dediticii soll die Civität stets verschlossen sein (§ 217).

werbungen beziehen sich ausschließlich auf Latinen, so daß diesen ein viel leichterer Uebergang zur Civität geöffnet ist, als den Peregrinen. Für die Latinen, welche Cives werden, wird der Ausdruck: Erwerbung des ius quiritium gebraucht, für die Peregrinen nur der allgemeine: Erwerbung der Civität.[b]) Die einzelnen Arten dieser Erwerbungen sind folgende:[c])

1) Die älteste bekannte Bestimmung dieser Art ist die, wonach die Bürger latinischer Colonien durch eine in ihrer Stadt bekleidete Würde Anspruch auf die römische Civität erhalten (Bd. I S. 140 f.).

2) Die Lex Aelia Sentia, indem sie auf der einen Seite gewissen Freigelassenen die Civität verschloß, hat auf der andern diesen Umstand zur Beförderung des Familienstandes benutzt. Wenn der, welcher wegen mangelnden Alters bei der Freilassung von der Civität ausgeschlossen worden ist, eine Frau nimmt, entweder eine Bürgerin oder eine Latina coloniaria, oder eine, die wenigstens seinem eignen Stand angehört (die Lex Junia hat dieß nachher kürzer so bestimmt: eine Civis oder Latina irgend einer Art), und seine Absicht, eine wirkliche Ehe einzugehen, vor nicht weniger als sieben mündigen römischen Bürgern ausdrücklich bezeugt, wenn er sodann aus dieser Ehe ein Kind hat, und dieses ein Jahr alt ist (anniculus): so kann er den Prätor oder den Präses der Provinz angehen, jene Thatsachen darthun (causam probare), und erwirbt, sowie die Behörde ausspricht, daß die Thatsachen sich wirklich so verhalten, mit Weib und Kind (wenn diese nicht ohnedieß schon Cives sind)[d]) die Civität. Stirbt er, ehe er die causae probatio vorgenommen hat, so können noch Frau und Kind, sofern sie ein Interesse dabei haben, sie nachholen. Dieses Recht ist nachher auch auf die erstreckt worden, die nicht wegen ihres Alters unter dreißig Jahren, sondern aus einem andern Grund durch Freilassung Latinen geworden sind (also auch auf die Latini Juniani), durch ein S. C. unter den Consuln Pegasus und Pusio unter Vespasian.

3) Nun kann es geschehen, daß ein Latinus, indem er jenen Weg einschlägt, um anniculo zur Civität zu gelangen, aus Irrthum eine Peregrina heirathet, dieser Irrthum, wenn er ihn nachweist, soll ihn nicht hindern, wie sonst durch den Anniculus die Civität zu erwerben. Ja ein solcher Irrthum kann auch sonst zur Civität verhelfen. Wenn ein Civis eine Latina oder Peregrina heirathet, weil er entweder sich für gleichen Standes mit seiner Frau oder diese für gleichen Standes mit sich hält, und eben so, wenn eine Bürgerin aus

---

b) Das letztere ist die allgemein zulässige Bezeichnung, die daher auch von Latinen (obwohl nicht regelmäßig) gebraucht wird Gai. I 28, das erstere ist in genauer Rede auf die Latinen beschränkt. Diese Verschiedenheit des Ausdrucks tritt besonders klar hervor in Plin. epist. X 4. 6. 22. 23. 105. 106. Beide Ausdrücke sagen der Sache nach dasselbe, aber ius quiritium bedeutet die Differenz des römischen Bürgers und anderer Angehöriger des römischen Staats; während nun Latinen nur Staatsangehörige sein konnten, war mit der Benennung peregrinus noch nicht gesagt, ob die Person schon im römischen Staatsverband stand, oder außerhalb desselben (ein Fremder im gewöhnlichen Sinn) war. Daher bediente man sich bei den Peregrinen schlechtweg des Worts, das auch in dem letzteren Fall, bei einem bisher dem Staat (der civitas in diesem Sinn) ganz Fremden zulässig war. Vgl. Huschke über die Stelle des Varro ꝛc. S. 80 f. Zimmern Gesch. des röm. Privatr. I § 124 a. E.

c) Eine Aufzählung und Erörterung derselben enthalten Gai. I 28—34. 66—96. Ulpian. III. VII 4.

d) Wenn das Weib civis ist, so ist es auch das Kind schon bei seiner Geburt, wenn der Vater ein Latinus ist. Genau genommen hätte man sagen müssen, zwischen dem Latinus und der Civis Romana besteht eine Ehe ex lege aelia sentia et iunia, also ein legitimum matrimonium, mithin müsse der Grundsatz angewendet werden, daß das Kind dem Stand des Vaters folge. Diese Ansicht ist aber durch Hadrian mittelst eines Senatsbeschlusses verworfen worden.

Irrthum unter ihrem Stand heirathet, so kann, wenn ein Kind aus dieser Ehe vorhanden ist, ohne daß hier ein bestimmtes Alter desselben gefordert wird, für den Gatten und das Kind die Civität durch causae probatio erlangt werden. Diese erroris causae probatio ist eingeführt durch ein S. C., dessen Alter unbekannt ist, nur daß es gewiß schon vor Hadrian gegeben war.[e])

4) Auf die unvollkommene Freilassung (inter amicos u. s. f.) konnte vor der Lex Junia, da der Freigelassene noch Sclave blieb, eine vollkommene (durch Vindicta u. s. f.) folgen, die ihm die wirkliche Freiheit gab. Nach jenem Gesetz wäre dieß eigentlich nicht mehr möglich gewesen, da es dem formlos Manumittirten die Freiheit gab, und ein Freier nicht manumittirt werden kann. Um aber die Wohlthat, die sie jenen Freigelassenen erwies, nicht dadurch in einen Nachtheil zu verkehren, daß sie es dem Herrn unmöglich machte, den Freigelassenen nachholend auf eine höhere Stufe zu heben, bestimmte sie entweder ausdrücklich, oder die Juristen haben es durch Interpretation festgestellt, daß der Latinus Junianus durch Nachholung der feierlichen Manumissionsform (iteratione), wodurch der Herr die Vortheile, die ihm die latinitas iuniana des Freigelassenen gewährt, aufgiebt, zum Civis gemacht werden kann.

5) Nach der Lex Visillia (oder Visellia) erwirbt der Latine die Civität durch einen sechsjährigen (nach einem S. C. schon durch einen dreijährigen) Dienst unter den vigiles zu Rom.

6) Der Latine, welcher (in Rom) ein Haus baut, sofern er einen gesetzlich bestimmten Theil seines Vermögens darauf verwendet, wird Civis;[f]) eben so

7) nach einem Edict des Claudius der Latine, welcher ein Schiff von wenigstens zehntausend Modien Gehalt baut, und damit sechs Jahre lang Getreide nach Rom führt;

8) der Latine, welcher ein pistrinum (Mühle mit Bäckerei) anlegt und, wie dieser Fall der Erwerbung wahrscheinlich zu verstehen ist, eine gewisse Zeit lang Rom daraus mit Mehl und Brod versorgt.

9) Nach einem Senatsbeschluß wird die Latina, welche dreimal geboren hat, Civis Romana.[g])

10) Noch Constantin hat einen Fall hinzugefügt: der Latine, welcher einen Jungfrauenraub anzeigt, soll zur Belohnung Civis werden.[h])

Endlich kann die Civität einem Latinen oder Peregrinen durch eine personelle Verfügung ertheilt werden. Dahin gehören die Verleihungen, durch welche die Civität allmählich über ganz Italien erstreckt wurde (Bd. I § 64), in der dritten Periode hatte der Princeps die Befugniß, das Bürgerrecht, wenn er wollte, zu ertheilen. Bei der Ertheilung an einen Latinus Junianus war das Interesse des Patrons gefährdet, wenn nun die Vorschrift der Lex Junia, die ihm die Güter des Libertus auf den Todesfall ungeschmälert wie einem Herrn zusprach, außer Anwendung gekommen wäre. Daher verordnete ein Edict Trajan's, ohne Zustimmung des Patrons solle der Latinus beneficio

---

e) Nach Gaius I 73 III 73.

f) Vgl. außer den Note c. cit. Stellen L. 139 D. de V. S. (50, 16).

g) Ulpian. III 1: — praeterea ex S. C. vulgo quae sit ter enixa. Die Annahme, das S. C. habe ausdrücklich eine Person, die sich öffentlich Preis giebt, bezeichnet, ist nicht haltbar. Eben so wenig, daß es jene Bestimmung überhaupt auf Unverheirathete beschränkt habe; auch aus diesem Grund ist die Emendation Schilling's: virgo statt vulgo, zu verwerfen. Die vatikanische Handschrift rührt nicht von einem so sorgfältigen und genauen Schreiber her, daß die Substitution des passendsten Wortes: mulier für vulgo als ein Attentat erscheinen könnte.

h) L. 1 § 4 C. Th. de raptu virg. (9, 24).

principis zwar Civis werden können, aber dessenungeachtet bei seinem Tod, soweit es das Interesse des Patrons erheischt, wie ein Latinus behandelt werden.[i]) Es war also hier ein bedeutender Unterschied zwischen dieser und jenen andern Arten der Erwerbung des Jus Quiritium. Hadrian fand es für billig, durch den Senat festsetzen zu lassen, daß ein solcher durch den Princeps mit dem Bürgerrecht Begabter nachher noch immer, wie wenn er noch Latine wäre, einen jener andern Wege zur Erwerbung der Civität ohne jene Beschränkung einschlagen könne.[k])

Die Imperatoren machten von dem Recht der Verleihung einen sehr umfassenden Gebrauch, den umfassendsten Caracalla, der die Civität mit einem Mal allen Einwohnern des römischen Reichs gab (Bd. I § 95). Dieß war keineswegs eine Aufhebung der Gesetze, wodurch gewissen Freigelassenen nur die Latinität oder Peregrinität zugestanden wurde, eben so wenig war darin die Verfügung enthalten, daß künftig jeder Ausländer, der sich im Reich aufhalten oder niederlassen würde, als Civis gelten sollte, auch war dadurch nicht auf das Recht verzichtet, bei einer künftigen Vergrößerung des Reichs die Einwohner der neuen Provinz zu Latinen zu machen. Einen Augenblick waren nach der Constitution Caracalla's keine Latinen und Peregrinen mehr im römischen Reich, aber das Recht der Latinität und Peregrinität (durch und ohne Freilassung) war keineswegs abgeschafft, und im nächsten Moment konnten in Folge der bestehenden Gesetze, namentlich durch Freilassung eines minor xxx annorum, Manumission inter amicos, oder eines mit einer schimpflichen Strafe belegten Sclaven, Latinen und Peregrinen wiederum entstehen und sind auch fortwährend, in nicht geringer Anzahl, entstanden.

Als unter den christlichen Kaisern das alte ius civile, auf dessen Genuß sich die Unterscheidung zwischen Cives und Nichtcives ihrer privatrechtlichen Bedeutung nach als auf ihre Grundlage bezog, mehr und mehr zurücktrat und einem aus seinen und allgemeineren Principien gemischten Recht Platz machte, in welchem die letzteren, die Principien des Jus Gentium, entschieden die Ueberhand erhielten, mußten jene Unterschiede des Status Civitatis selbst, soweit nicht noch ganz besondere Folgen damit verbunden waren, in die Vergangenheit entweichen. Solche besondere Folgen waren bei den Latini Juniani die bedeutenden Rechte des Patrons an der Verlassenschaft des Freigelassenen, wodurch jene Eigenschaft noch immer practisch blieb. Nicht dasselbe kann, ihrer Beschaffenheit selbst nach, von den besonderen Beschränkungen behauptet werden, welchen die Dediticii ex lege aelia sentia unterlagen. Justinian sagt denn auch von dieser dediticia libertas, indem er die Verfasser seiner Gesetzbücher anweist, keine Rücksicht darauf zu nehmen, sie habe längst aufgehört in wirklicher Uebung zu sein.[l]) Zu gleicher Zeit hob er die latina libertas, und damit den letzten Rest jener alten Unterschiede auf;[m]) indem er alle freien Einwohner des Reichs als Cives zu behandeln gebot, fiel der status civitatis als ein besonderer Status in Wahrheit weg. Wir finden statt dessen einen Unterschied gemacht zwischen Einheimischen und Ausländern (barbari), aber dieser kann weder seinem Begriff noch seiner Wirkung nach auf die alte Civität und ihre Gegensätze zurückgeführt werden.[n])

---

i) Gai. III 72.
k) Gai. III 73.
l) L. un. C. de dedit. lib. toll. (7, 5).
m) L. un. C. de lat. lib. toll. (7, 6).
n) Wenn Valentinian und Valens die Ehe mit Barbaren (selbst mit solchen, die in den Bereich

Zum Schluß soll noch eine Ansicht über die beiden bisher dargestellten Bedingungen der Rechtsfähigkeit (Freiheit und Civität) erwähnt werden, die der Urheber derselben als die allein wahre und echtrömische aufgestellt hat.[o] Er führt alles auf den Begriff des Eigenthums an dem menschlichen Körper zurück, das entweder ein Anderer habe, und das werde denn auch so ausgedrückt: der Mensch sei Sclave, oder er, der Inhaber dieses Körpers selbst, und das sei es, wofür man auch den Ausdruck der Freiheit habe. Dieses Eigenthum an seinem Körper habe der Mensch entweder von Geburt, das ist der Ingenuus, oder es sei ihm von dem bisherigen Eigenthümer übertragen worden, dann werde er Libertinus genannt. Ferner sei dieses Eigenthum entweder quiritarisches, von einem solchen Eigenthümer seines Körpers sage man, er sei Civis, oder bonitarisches, und solche bonitarische Eigenthümer ihrer selbst hätten die Römer Latinen und Peregrinen geheißen. Es ist schwer, in dieser Theorie etwas anderes als eine neckische Mystification zu erblicken, so ernsthaft sie auch ihr Urheber vorgetragen hat, mag man die Sache vom römischen, oder vom allgemein juristischen, oder vom philosophischen Standpunkt aus betrachten. Abgesehen von dem anstößigen Mißgriff der Ableitung der Freiheit vom Eigenthum, war weder die Rechtsanschauung der Römer so dürftig, daß sie alles wohl oder übel über den Leisten eines einzigen Begriffs, des Eigenthums, hätten schlagen müssen, noch sind wir in diesem Falle. Fragen wir aber, wodurch die Römer die Zumuthung einer solchen Theorie verschuldet haben, so werden wir auf einen Dichter verwiesen, der einmal einen Freigelassenen sagen läßt. nun bin ich mein eigener Herr.[p]

C. Familia.

CCXIX. Die Rechtsfähigkeit eines Menschen hängt ab zuerst von seinem Verhältniß zu der Classification der Menschen in Freie und Sclaven, sodann von seiner Stellung im Staat, endlich von seiner Stellung in der Familie. Die Familie, von der hier die Rede ist, ist nicht die natürliche, sondern die civilrechtliche, auf juristischen Grundlagen beruhende (§ 194). Die Stellung aber in derselben kommt hier auf doppelte Weise in Betracht; Einfluß auf die Rechtsfähigkeit kann haben 1) die Mitgliedschaft in einer Familie überhaupt, 2) der Platz, den man in der Familie einnimmt.

Nach der ältesten Verfassung nahm der Bürger den von einem Amt unabhängigen Antheil am Regiment in und mit der Gens, zu der er, und zwar durch die Familie, deren Glied er war, gehörte (Bd. I § 39). Durch den Eintritt der Plebejer in den Staat trennte sich der Begriff des Civis von dem des Mitglieds einer Gens, die Plebejer waren das erste, ohne das letzte zu sein,

---

des römischen Staats versetzt worden sind: gentiles) bei schwerer Strafe verboten L. un. C. Th. de nupt. gentilium (3, 14), so ist dieß keineswegs mit dem Mangel des Connubiums bei den Peregrinen in Verbindung zu bringen, denn diese Ausschließung des Connubiums war kein Verbot der Ehe. Eben so wenig steht das Verbot, Wein, Oel, Waffen an die Ausländer zu verkaufen (Cod. IV 41: quae res exportari non debeant) mit dem Mangel des Commerciums nach Jus civile in Zusammenhang.

o) v. Vangerow in der § 217 Note q cit. Schrift, und wiederholt in seinem Leitfaden für Pand. Vorles. I S. 61.

p) Pers. V 88: vindicta postquam meus a praetore recessi —. Diese und eine gleiche Aeußerung des Dionysius (II 27): während ein Sohn zweimal in die Gewalt des Vaters zurückfalle, werde der Sclave durch eine einzige Manumission „Herr seiner selbst," ist das Fundament, welches das Gebäude jener Theorie trägt.

aber es verging eine lange Zeit, ehe die Gentilität, die durch die Mitgliedschaft in einer patricischen Familie bedingt war, ihre staatsrechtliche Bedeutung verlor, und damit aufhörte, in dem Bewußtsein des Volks als eine Bedingung vollkommener politischer Rechtsfähigkeit zu gelten. Sie war dieses gewesen und konnte daher auf dieselbe Linie mit der Civität gestellt werden; mit der Aufhebung der politischen Vorrechte der Patricier fiel diese Stellung der Familie weg.

Im Privatrecht, wo die Civität Connubium und Commercium mit den Cives gab, verlieh die Gentilität ebenfalls die Möglichkeit gewisser rechtlicher Beziehungen zu den Genossen, von denen die nicht zu dieser Gens Gehörenden ausgeschlossen waren. Vom Standpunkt der einzelnen Gens aus konnte diese Ausschließung als ein Mangel vollständiger Rechtsfähigkeit, die Theilnahme als eine Bedingung derselben sich darstellen, eben so gut als die Ausschließung vom Connubium und Commercium mit den Cives vom Standpunkt der Civität aus. Der Unterschied aber war der, daß jene Anschauung eine bloß partikuläre war, vermöge deren die Familie nicht auf eine Linie mit der Civität, nicht als eine Bedingung gemeiner Rechtsfähigkeit aufgestellt werden konnte. Vom Standpunkt des gemeinen römischen Rechts aus erscheint vielmehr die Gentilität in dieser Beziehung nur als eine Eigenschaft, die zur Begründung gewisser Rechte gehört (wie z. B. auch das Bürgerrecht in einem gewissen Municipium diese Beschaffenheit hat), nicht als ein Status, der die Rechtsfähigkeit bestimmt. Ebenso ist es mit der Familie, abgesehen von der Gens, mit dem Agnatenkreis für sich: die Eigenschaft, Agnat einer andern Person zu sein, begründet gewisse und zwar sehr wichtige Rechte, auf die ein Nichtagnat keinen Anspruch hat, dessenungeachtet kann man die Persönlichkeit eines Agnaten nicht höher stellen, als die des Nichtagnaten, so wenig als man den Minderjährigen rechtsfähiger, denn den Volljährigen nennen kann, weil jenem gewisse Rechte gegeben sind, welche dieser entbehrt.

Das Resultat ist: es gab eine Zeit, wo die Mitgliedschaft in einer Familie als eine Bedingung der Rechtsfähigkeit neben der Civität aufgeführt werden konnte, schon geraume Zeit vor dem Untergang der freien Republik wurde dieß unstatthaft, und am meisten für die Privatrechtsfähigkeit. Dagegen hat die Familie einen solchen Einfluß auf die Persönlichkeit bis auf die neuste Zeit behalten durch den zweiten Punkt: die Stellung, die jemand innerhalb der Familie einnimmt.

Der Begriff der (civilrechtlichen) Familie (§ 194) beruht auf gewissen Gewalten, denen Personen unterworfen sein können, nämlich der patria potestas und manus. Eine Familie besteht aus Personen, die gegenwärtig frei von einer solchen Gewalt sind, patres familias, und aus solchen, die noch unter dieser Gewalt stehen, unter der patria potestas als filii und filiae familias, oder unter der Manus, als Ehefrauen, die in einem tochterähnlichen Verhältniß zu dem Manne sich befinden. Diese Stellung in der Familie afficirt die Rechtsfähigkeit; insoweit ist die Natur jener Gewalten hier darzustellen, im übrigen wird davon an einem anderen Ort gehandelt werden.

Der Einfluß der patria potestas auf die Rechtsfähigkeit hat seine Quelle und Grenze in dem Grundsatz, daß der ihr Unterworfene kein Vermögensrecht haben kann, indem er alles, was er erwirbt, dem Vater erwirbt. Er hat kein Eigenthum, keine Forderung, und wenn er heirathet und Kinder erzeugt, so erwirbt er die Gewalt über die Kinder und über die Frau, eben weil sie diesen Einfluß auf das Vermögen hat, seinem Vater, bis er selbst gewaltfrei und

dadurch fähig wird, jene Gewalt über andere zu haben. Weiter als jenes Princip der Vermögenslosigkeit reicht nun aber auch die Beschränkung der Rechtsfähigkeit durch jene Gewalten nicht. Daher ist der filiusfamilias der öffentlichen Rechte (soweit sie nicht ebenfalls durch ein Vermögen bedingt sind) vollkommen fähig, er ist Civis so gut als der Paterfamilias,[a]) ebenso der reinen Familienrechte, er kann eine Ehe schließen, in dem elterlichen und Kindesverhältniß stehen, er hat ferner das Commercium, und kann daher bei Mancipationen und Testamenten Zeuge sein, auch selbst civilrechtliche Geschäfte schließen, nur nicht solche, die ein eigenes Vermögen voraussetzen. Aus diesem Grund kann er kein Testament machen,[b]) es kann ihm auch nichts in iure cedirt werden, weil dieser Act den Ausspruch der Vindicationsworte durch ihn voraussetzen würde; diese kann er nicht sprechen, weil er nichts sein nennen kann.[c]) Der filiusfamilias ist endlich fähig, sich zu verpflichten, wie ein paterfamilias, und es können Klagen gegen ihn angestellt werden, Schulden setzen kein gegenwärtiges actives Vermögen voraus.[d])

Gläubiger kann ein filiusfamilias nicht sein, und daher auch keine Klage anstellen, denn Forderungen und Klagen sind Vermögensrechte.[e]) Dieser Grundsatz erleidet indessen eine Modification durch die Natur gewisser Klagen.[f]) Es giebt Klagen, die zwar dem Kläger einen Vermögenswerth verschaffen, deren eigentlicher Zweck aber nicht dieses, sondern die Ahndung einer unerlaubten Handlung des Beklagten ist; jene Leistung an den Kläger erscheint nur als Mittel dieser Ahndung. Darin liegt zugleich, daß es gleichgültig erscheinen kann, wer die Leistung erhält, wenn sie nur der zu Strafende verliert.[g]) Diese Klagen werden daher nicht als Vermehrung des Vermögens des Klagberechtigten aufgefaßt, sie setzen die Vermögensfähigkeit des Klägers nicht voraus, und können also auch von einem Filiusfamilias in eigenem Namen angestellt werden. Am sichtbarsten tritt jene Eigenschaft hervor bei den Popularklagen.[h]) Sie sollen das rechtliche Interesse der Gesammtheit schützen, jeder Bürger kann sie anstellen, gleichsam als Procurator des Volks; schon darum, weil sie jedem zustehen, können sie zum Vermögen keines Einzelnen gerechnet werden, qui habet has actiones, non intelligitur esse locupletior, es ist dieß auch gar nicht die Absicht bei diesen Klagen, wenn sie auch nebenher die Folge haben, daß der Kläger durch ihren Gebrauch die Strafe gewinnt, in die der Beklagte condem-

---

a) L. 9 D. de his qui sui (1, 6): filiusfamilias in publicis causis loco patrisfamilias habetur, veluti si magistratum gerat vel tutor detur. Sofern freilich gewisse öffentliche Rechte (z. B. das Stimmrecht in den Centuriatcomitien) ein eignes Vermögen voraussetzen, steht die Unfähigkeit zu diesem auch jenen Rechten entgegen.

b) Ulpian. XX 10: Filius familiae testamentum facere non potest, quoniam nihil suum habet, ut testari de eo possit.

c) Gai. II 96.

d) L. 57 D. de iudic. (5, 1) L. 5 pr. D. quod cum eo (14, 5) L. 39 D. de O. et A. (44, 7). Auf dieser Möglichkeit, Schulden zu contrahiren, beruht auch das S. C. macedonianum, welches sie für einen einzigen, allerdings wichtigen, Fall beschränkt. [§ 272.]

e) L. 9 D. de O. et A. (44, 7) L. 13 § 2 D. quod vi (43, 24). Als Procurator kann er eine Klage anstellen L. 8 pr. D. de procur. (3, 3): — ipse quoque filius procurator dari poterit et ad agendum et ad defendendum. In gewissen Fällen wird er sogar ohne Auftrag als Stellvertreter des abwesenden Vaters zugelassen L. 8 pr. cit. L. 18 § 1 D. de iudic. (5, 1).

f) Vgl. zu dem Folgenden Savigny System II § 71—74.

g) Nicht bei allen Klagen auf Strafe ist dieß der Fall, sehr häufig soll die Strafe, die eingeklagt werden kann, dazu dienen, dem Kläger einen Ersatz für einen Vermögensnachtheil zu geben, nur daß derselbe sich nicht auf den bestimmt erweislichen Betrag des Schadens beschränkt.

h) Dig. XLVII 23: de popularibus actionibus.

nirt wird. Darum kann auch ein Filiusfamilias sie anstellen. Dasselbe tritt ein bei der actio iniuriarum, die auf eine Geldsumme geht, um den Beklagten zu strafen, die aber darum kein Mann von Ehrgefühl als einen Bestandtheil seines Vermögens zählen wird.[i]) Sie ist daher auch einem Filiusfamilias gestattet, doch hat man geeignet gefunden, diese Möglichkeit auf den Fall zu beschränken, wenn der Vater die dem Sohn widerfahrene Unbill zu ahnden verhindert ist oder schimpflicher Weise unterläßt.[k]) Eine ähnliche Bewandtniß hat es noch mit einigen andern Klagen.[l]) — Außerdem werden noch drei Klagen erwähnt, die möglicherweise von einer der väterlichen Gewalt unterworfenen Person in eigenem Namen angestellt werden können: die Dotalklage gegen den Ehemann auf Zurückgabe der Dos, die unter gewissen Umständen der Tochter (statt wie gewöhnlich dem Vater) zusteht,[m]) was in der besonderen Bestimmung der Dos seinen Grund hat, — sodann die actio depositi und commodati,[n]) was sich folgendermaßen erklärt. Ein Filiusfamilias kann eine Sache (zwar nicht juristisch, aber natürlich) besitzen, und deshalb mit einer dinglichen Klage belangt werden,[o]) wenn er nun diesen Besitz durch Depositum oder Commodatum einem andern anvertraut hat, so schien es billig, ihm jene Klagen zur Wiedererlangung der Sache zu verschaffen, bei der er, um den an ihn gemachten Ansprüchen zu genügen, vielleicht allein, sein Vater nicht interessirt ist. — In allen diesen Fällen, wo dem Filiusfamilias eine Klage zugestanden wird, lag in dem älteren Proceß noch eine Schwierigkeit, wenn die Klage eine formula in ius concepta hatte. Hier schloß ihn der Umstand aus, daß dem Kläger in der Intentio ein Forderungsrecht zugeschrieben wurde (§ 165), was bei einem Filiusfamilias unmöglich war. Diese Schwierigkeit wurde dadurch beseitigt, daß der Prätor eine formula in factum gab, in der eine solche Intentio nicht vorkam.[p]) Wo der Prätor den Fall zu eigener Entscheidung ohne Judex, also zu einer extraordinaria cognitio geeignet fand,[q]) entstand diese Schwierigkeit gar nicht, weil hier überhaupt keine Formel gegeben wurde. Dieser formlosere Weg, welcher der Klage mehr den Charakter einer Beschwerde gab, wurde namentlich bei Ansprüchen der Kinder gegen die Gewalthaber, soweit das Recht solche anerkennt, eingeschlagen,[r]) da hier ein eigentlicher und förmlicher Proceß nicht möglich ist.[s])

Der Grundsatz, aus dem sich die ganze Beschränkung der Filiifamilias ableitet, ist ihre Unfähigkeit, eignes Vermögen zu haben. Dieses Princip ist unter den Imperatoren modificirt worden, es wurden gewisse Erwerbungen ausgenommen, und diese Ausnahmen sind immer bedeutender geworden. Die nähere Darstellung derselben gehört in die Lehre von der väterlichen Gewalt.

---

i) L. 28 D. de iniur. (47, 10): Iniuriarum actio in bonis nostris non computatur, antequam litem contestemur. Durch die Litiscontestatio wird die Natur des Anspruchs verwandelt.

k) L. 8 pr. D. de procur. (3, 3) L. 17 § 10 sqq. D. de iniur. (47, 10).

l) L. 12 D. de in ius voc. (2, 4) L. 22 pr. § 1 D. de inoff. test. (5, 2) L. 13 § 1 D. quod vi (43, 24).

m) L. 8 pr. D. de procur. (3, 3).

n) L. 9 D. de O. et A. (44, 7) L. 19 D. depos. (16, 3).

o) L. 36 § 1 D. de H. P. (5, 3).

p) L. 13 D. de O. et A. (44, 7): In factum actiones etiam filii familiarum possunt exercere.

q) L. 17 D. de reb. cred. (12, 1).

r) L. 19 D. de ritu nupt. (23, 2) L. 32 pr. D. de adopt. (1, 7) L. 5 D. de agnosc. et alendis liberis (25, 3).

s) L. 4. 11 D. de iudic. (5, 1).

Soweit dadurch dem Sohn das Eigenthum gewisser Güter unbeschränkt zuerkannt wird (bei den bona castrensia und quasi castrensia), hört in dieser Beziehung seine Beschränkung durch die väterliche Gewalt gänzlich auf. Aber in den meisten Fällen, wo ihm jenes spätere Recht Eigenthum zuerkennt, geschieht es nur so, daß dem Vater noch sehr bedeutende Rechte an diesen Gütern eingeräumt werden, Rechte, die jenes Eigenthum für jetzt zu einem mehr nominellen machen; hier ist die Stellung des Filiusfamilias in vermögensrechtlicher Hinsicht nicht wesentlich verändert. Unfähigkeit, ein Vermögen zu haben (das Princip des alten Rechts), und Unfähigkeit, über das Vermögen, das man hat, irgendwie zu disponiren (die Regel des neuen Rechts), führen so ziemlich auf dieselben Beschränkungen der Persönlichkeit.

Frauenspersonen können nicht bloß in patria potestate stehen, und somit den bisher dargestellten Beschränkungen unterliegen, sondern auch in manu. Auch für die der Manus Unterworfenen gilt der Grundsatz der Vermögenslosigkeit mit seinen Folgen.[t])

Die Familie, von der bisher die Rede war, ist die agnatische, welche auf patria potestas und manus beruht. Nun kann man aber auch auf die Familie im weiteren Sinn zurückgehen, deren Glieder außer jenen auch die in der dominica potestas und im Mancipium Befindlichen sind (§ 194). Alle diese Gewalten: potestas (über Freie und Sclaven), manus, mancipium werden in dem Wort ius zusammengefaßt. In Hinsicht auf diese Familie sind die Menschen entweder homines sui iuris oder alieno iuri subiecti.[u]) Aber der Sclave ist nicht durch die Potestas, in der er steht, also durch seine Stellung in der Familie, in seiner Rechtsfähigkeit beeinträchtigt, sondern dadurch, daß er Sclave ist, eine davon unabhängige Eigenschaft; folglich gehört die dominica potestas nicht in diesen Zusammenhang. Von dem Mancipirten dagegen ließe sich wohl sagen, daß er nur durch das Mancipium, in dem er sich befindet, in seiner Rechtsfähigkeit (und zwar auf ähnliche Weise, wie die in potestate und in manu Stehenden) beschränkt ist. Da aber seine Stellung der eines Sclaven sich nähert, so war sie eben so wohl an die Eintheilung der Menschen in Freie und Unfreie anzuknüpfen, wie dieß oben geschehen ist.

Capitis Deminutio.

CCXX. Wie ein Status erworben werden kann, das ist für die Libertas und Civitas bei diesem Status selbst dargestellt worden. Bei der Familia besteht die Erwerbung des Status nach der doppelten Auffassung desselben theils in dem Eintritt in eine Familia und Gens, in der man bisher nicht war, theils (was im neueren Recht allein noch den Charakter einer Vermehrung der Rechtsfähigkeit hat) in dem Uebergang aus der Stellung der personae alieno iuri subiectae zu der eines homo sui iuris, durch Endigung der potestas oder manus oder des mancipium. Davon wird in der Lehre von diesen Gewalten gehandelt werden.

Umgekehrt kann nun ein Status, dem man bisher angehörte, verloren werden. Dieß heißt status mutatio (oder prioris status permutatio),[a]) denn jede Veränderung ist ein Verlust; die Erwerbung eines Status kann nicht als

---

t) Gai. II 90. 98.

u) Gai. I 48. 49.

a) L. 2 D. de in int. rest. (4, 1) L. 9 § 4 D. de minor. (4, 4) L. 1 D. de capite minutis (4, 5) Paul. I 7, 2. III 6, 29. S. auch Gai. I 159.

eine Veränderung oder Vertauschung aufgefaßt werden, da der Eintritt in einen höheren nicht den Austritt aus dem geringeren, der eine Bedingung jenes ist, in sich schließt: wer Civis wird, verliert nicht den Status der Freiheit, wer in eine Gens trat, kam nicht aus der Reihe der Cives heraus. Die Römer haben für die Person, sofern sie in einer Gesammtheit Gleichgestellter mitzählt, den Ausdruck caput (z. B. capita civium); wie wir nun das Wort Person zugleich in dem Sinne gebrauchen können, daß wir damit die Eigenschaft, Person zu sein, die Persönlichkeit bezeichnen, so heißt auch caput die Persönlichkeit in Beziehung auf jene drei Bedingungen: libertas, civitas, familia, die zugleich Gesammtheiten von Rechtsgenossen ausdrücken. Daher wird die status mutatio auch capitis deminutio genannt, ja dieß ist der eigentliche und technische Ausdruck, der durch jenen ersten nur erklärt und umschrieben wird.[b]) Capitis deminutio ist daher der Verlust der Stellung in einem jener drei Kreise, denen die Person angehört, oder, wie sich der Begriff ebenfalls geben läßt, das Entgehen einer jener drei Bedingungen vollkommener Persönlichkeit. Es giebt daher drei Arten der Capitis Deminutio.[c])

In diesem Begriff liegt, daß jede Capitis Deminutio eine Veränderung der Rechtsfähigkeit und zwar eine mit einem Verlust verbundene enthält; aber nicht jede solche Minderung kann mit jenem Namen bezeichnet werden, sondern eben nur ein Verlust in Beziehung auf die Rechtsfähigkeit, welche durch das Wort caput bezeichnet wird.[d]) Nun ist es eigen, daß dieses Moment von den römischen Juristen, wo sie von der Capitis Deminutio überhaupt und für alle Fälle derselben sprechen, nicht besonders hervorgehoben wird, abgesehen von der Beschreibung derselben als einer prioris status permutatio, worin jenes allerdings liegt (s. oben). Dieß hat seinen Grund darin, daß ein Fall der Capitis Deminutio, der auf die Familia bezügliche, jenen Charakter damals verloren hatte (s. § 219 und unten bei der cap. dem. minima); in Beziehung auf Libertas und Civitas hat sie ihren ursprünglichen Charakter behalten, an diese beiden Fälle (c. d. maxima und media) müssen wir uns daher halten, um den wahren Begriff nicht zu verfehlen.[e])

---

b) Niebuhr (Röm. Gesch. I Anm. 1280 3r Ausg. u. II S. 460 2r Ausg.) führt den Begriff auf das caput (Rubrik) eines jeden Bürgers in den Censuslisten zurück; diese Ansicht wird von Savigny in seiner lehrreichen Darstellung der Lehre von status und capitis deminutio (System II Beil. VI S. 494 ff.) näher ausgeführt. Hiernach müßten die Römer jedem, der nicht in den Bürgerlisten eingetragen war, das caput ganz abgesprochen haben, und da die späteren römischen Juristen dieses nur in Beziehung auf den Sclaven thun, so müßte man annehmen, der Begriff hätte sich erst im Verlauf der Zeit, indem das Bewußtsein seines ursprünglichen Gehalts verloren ging, generalisirt. Aber es ist eben so gut möglich, daß jener Sprachgebrauch beim Census die juristische Bedeutung von caput zur Quelle hatte, als umgekehrt, und ich kann nicht umhin, dieß sogar für das Wahrscheinlichere zu halten. [Vgl. A. Pernice Labeo I S. 172 ff.]

c) Paul. L. 11 D. de cap. min. (4, 5): Capitis deminutionis tria genera sunt: maxima, media, minima. Tria enim sunt, quae habemus: libertatem, civitatem, familiam; igitur cum omnia haec amittimus, hoc est libertatem et civitatem et familiam, maximam esse capitis deminutionem, cum vero amittimus civitatem, libertatem retinemus, mediam esse capitis deminutionem, cum et libertas et civitas retinetur, familia tantum mutatur, minimam esse capitis deminutionem constat. Gai. I 159—163 Ulpian. XI 10—13 Inst. I 16: de capitis deminutione.

d) § 5 I. de cap. dem. (1, 16): Quibus autem dignitas magis quam status permutatur, capite non minuuntur, et ideo senatu motum capite non minui constat. L. 6 C. ex qu. caus. infam. (2, 11). So wird in L. 20 D. de statu hom. (1, 5) status und dignitas unterschieden, und in L. 2 pr. D. de poen. (48, 19) der Begriff der Capitalstrafen auf Tod, Sclaverei und Verlust der Civität beschränkt. S. auch L. 103 D. de V. S. (50, 16).

e) Die Begriffe von Status und Capitis Deminutio sind von den neueren eben dadurch ge-

Es sind nun die einzelnen Arten der Capitis Deminutio darzustellen;

1) Capitis Deminutio in Beziehung auf die Freiheit. Sie besteht in dem Verlust der Freiheit, da aber dieser Status zugleich die Bedingung aller anderen ist, so gehen damit auch diese verloren, sie heißt daher capitis deminutio maxima (Note c).[f]) Sclave aber kann ein Freier werden und somit diese C. D. erleiden:

a) durch feindliche Gefangenschaft (§ 211 a. A.). Nun giebt es aber ein Recht, welches den aus der Gefangenschaft Befreiten in seine frühere rechtliche Stellung wieder einsetzt, das ius postliminii; durch dessen Eintritt kann also jenem Ereigniß die Wirkung einer capitis deminutio genommen werden, indem der Befreite vermöge desselben so beurtheilt wird, wie wenn er nie in die Sclaverei gerathen wäre.[g]) Die erste Voraussetzung des Postliminium ist die Rückkehr (§ 213 a. A.) oder der Tod in der Gefangenschaft, in welchem Fall der Bürger in dem Augenblick der Gefangennehmung (also ohne Capitis Deminutio) gestorben erachtet wird.[h]) Nun hat das Postliminium eine doppelte Richtung, theils eine passive, indem es den Zurückgekehrten in das Recht eines Andern zurück giebt (wie den gefangenen Sohn in die Gewalt des Vaters, den gefangenen Sclaven in die Herrschaft des früheren Herrn, überhaupt gehört dahin die Rückkehr von Sachen iure postliminii, vgl. § 241), theils eine active, indem es dem Zurückgekehrten seine früheren Rechte wieder verleiht.[i]) In seiner passiven Function hat es kein anderes Erforderniß als die Rückkehr.[k])

---

trübt worden, daß sie von der Voraussetzung ausgingen, der Familienstatus, wie er im neueren römischen Recht erscheint, müsse in jene Begriffe sich vollkommen einpassen lassen; statt von den regelrechten Fällen, haben sie von dem anomalen aus den Begriff construiren wollen. — Der neuste Versuch ist von Savigny a. a. O. (Note b) gemacht worden, vgl. dazu meine Recension in Richter's und Schneider's Jahrbb. 1840 S. 687—697. Nach ihm ist c. d. jede Verminderung der Rechtsfähigkeit, sie heißt status mutatio, weil jede solche Verminderung eine Veränderung im Status involvirt; status mutatio ist ihm also irgend eine Veränderung im Status (nicht, wie die Römer in Wahrheit es auffassen: Vertauschung und damit Verlust eines Status, s. oben), wozu denn hier eine Veränderung in deterius zu subintelligiren sei. Und status ist ihm überhaupt die Stellung, welche der Mensch in Beziehung auf libertas oder civitas oder familia einnimmt. Die Status in der ersten Hinsicht sind: Stellung eines ingenuus, eines libertinus, eines servus; in der zweiten: Stellung eines civis, latinus, peregrinus; in der Familia: Stellung in irgend einem Familienverhältniß, so daß es so viele Familienstatus gibt als Familienrechtsverhältnisse. Auf die c. d. ferner beziehen sich bloß die Status, welche die Rechtsfähigkeit afficiren (jede c. d. enthält eine status mutatio, aber nicht jede status mutatio ist eine c. d.), unter den Familienstatus also nur die Stellung als paterfamilias, die Unterwerfung unter patria potestas oder manus, und der Zustand des in mancipio sich Befindenden. Wie sich nach dieser Ansicht die einzelnen Fälle der c. d. gestalten, soll bei diesen angegeben werden, s. Note f, ff, tt.

f) Nach Savigny's Ansicht würde es noch einen zweiten Fall der c. d. maxima geben: Degradation eines ingenuus in die Libertinität (Savigny System II § 68 Note e), was in einem Fall geschehen kann, s. oben § 211 Note h. Daß von den römischen Juristen stets nur der Verlust der Freiheit erwähnt wird, erklärt er aus der Singularität jenes Falls. Aber ist es wohl wahrscheinlich, daß die Römer bei dem Ausdruck c. d. *maxima* an einen Umstand hätten denken können, der weder die Freiheit noch die Civität berührte?

g) L. 19 D. de captiv. et postliminio (49, 15) Gai. I 129. Ulpian. X 4 § 5 I. quib. mod. ius patr. pot. solv. (1, 12). Der Zurückgekehrte pristinum ius suum recipit, aber es erstreckt seine Wirkung nicht auf die Ehe L. 8. 14 § 1 D. de captiv. [Vgl. Hase das ius postliminii 1851, Bechmann das ius postliminii und die lex Cornelia 1872.]

h) L. 18 D. eod.: In omnibus partibus iuris is, qui reversus non est ab hostibus, quasi tunc decessisse videtur, quum captus est. Eine Lex Cornelia hat diese Fictio (fictio legis corneliae) zuerst für die Erbschaften solcher Bürger festgesetzt, und sie dadurch dem Einfluß, den die C. D. des Erblassers auf sie haben würde, entzogen. Ulpian. XXIII 5. Paul. III 4 a, 8. L. 12 D. qui testam. (28, 1) L. 22 D. de captiv. (49, 15).

i) L. 14 pr. D. eod.

k) Vgl. L. 30 de eod. Der Ueberläufer hat das Postliminium nicht (Note o), ein servus

In der activen dagegen setzt es ferner voraus, daß die Rückkehr in der Absicht geschehe, die vorige Stellung wieder einzunehmen,[l]) und daß der Staat nicht selbst den Bürger aufgegeben habe, wie dieß bei der Dedition an die Feinde (zur Sühnung eines Vergehens), und wenn beim Friedensschluß auf die Rückgabe der Gefangenen verzichtet wird, der Fall ist.[m]) Eben so geschieht die Rückkehr gegen den Willen des Staats, wenn sie während eines Waffenstillstandes erfolgt, da während dieser Zeit unter den Kriegführenden der Status quo erhalten werden soll; sie hat daher das Postliminium nicht zur Folge.[n]) Ausgeschlossen von diesem Recht sind überdieß die Ueberläufer,[o]) und die sich im Gefecht den Feinden ergeben haben.[p])

b) Durch Verkauf von Seiten einer dazu berechtigten Person. Vom Staat geschah dies bei dem Bürger, der, um den öffentlichen Leistungen zu entgehen, sich nicht censiren ließ (incensus), und der dem Kriegsdienst sich entzog,[q]) von dem Gläubiger bei dem insolventen Schuldner (§ 179). In diesen Fällen des ältern Rechts, die zur Zeit der classischen Juristen schon abgekommen waren, mußte der Verkauf in die Fremde geschehen (die Zwölf Tafeln brauchen dafür das Wort trans tiberim), die Gewalt, die ein fremdes Volk über den Römer erhielt, machte ihn erst zum Sclaven. — Seit August machte sich das Bedürfniß fühlbar, die Patrone gegen das undankbare Verhalten ihrer Freigelassenen in Schutz zu nehmen. Der Prätor gab dem Patron in gewissen Fällen eine Pönalklage gegen den Libertus,[r]) die Lex Aelia Sentia eine peinliche Anklage;[s]) Claudius sprach gegen undankbare Freigelassene die revocatio in servitutem aus,[t]) ein allgemeiner Rechtssatz war dieß nicht, unter Nero wurde beim Senat darauf angetragen, ohne Erfolg;[u]) Commodus verordnete die Revocation bei grober und beharrlicher Pflichtverletzung: die Obrigkeit soll den Libertus verkaufen und den Preis an den Patron abgeben.[v]) Späterhin umging man den Verkauf, und gab ohne weiteres den schuldigen Libertus in die Herrschaft des Patrons zurück.[w]) — Endlich kann die Sclaverei noch in einem besonderen Fall die Folge des Verkaufs eines Freien sein. Der Prätor nämlich hat einem

---

transfuga aber hat es, d. h. er kehrt in das Eigenthum seines vorigen Herrn zurück L. 19 § 5 D. eod. Anders bei dem Filiusfamilias, bei dem sich das passive und active Postliminium untrennbar verbindet; dieser hat als Ueberläufer kein Postliminium, die Rücksicht, daß dem schuldlosen Vater dadurch ein Recht entgeht, hat dieß nicht abzuändern vermocht: pater sic illum amisit quemadmodum patria — und disciplina castrorum antiquior fuit parentibus romanis quam caritas liberorum L. 19 § 7 D. eod.

l) L. 5 § 3 L. 12 § 9 L. 26 D. eod.

m) Wegen des zweiten Falls s. L. 12 pr. D. eod., wegen des ersten L. 4 D. eod. und die deutlichere L. 17 D. de legation. (50, 7). Die causa Mancini, deren hier gedacht wird, kommt oft bei Cicero vor (de orat. I 40. 56. II 32, top. 8, pro Caec. 34, off. III 30), es fragte sich dabei, ob nicht die Dedition jene Wirkung habe, auch wenn das fremde Volk sie nicht angenommen, da ja doch in jedem Fall darin eine Ausstoßung des Bürgers enthalten sei.

n) L. 19 § 1 D. de captiv. (49, 15).

o) L. 19 § 4—8 D. eod.

p) L. 17 D. eod.

q) Cic. pro Caec. 34 L. 4 § 10 D. de re mil. (49, 16) [Gai. I, 160.]

r) Gai. IV 46. 183.

s) L. 30 D. qui et a quib. man. (40, 9) L. 70 pr. D. de V. S. (50, 16). Dositheus (Hadriani sent. et epist. § 3) erwähnt die Lautumien als Strafe gegen undankbare Freigelassene nach der Lex Aelia Sentia, Tacitus (annal. XIII 26) die relegatio ultra vicesimum lapidem, die wohl ebenfalls auf die accusatio ex l. aelia sentia zu beziehen ist.

t) Sueton. Claud. 25 L. 5 pr. D. de iure patron. (37, 14).

u) Tacitus a. a. O. (Note s).

v) L. 6 § 1 D. de agnosc. lib. (25, 3).

w) L. 1 C. Th. de libert. (4, 10) L. 2 C. I. eod. (6, 7).

nicht seltenen Betrug, der durch Veräußerung freier Menschen mit Zustimmung derselben verübt wurde, entgegen zu wirken versucht. Läßt sich ein Freier, der wenigstens zwanzig Jahre alt ist, betrüglich als Sclave verkaufen oder sonst veräußern, in der Absicht, den Preis oder andern dadurch erlangten Vortheil mit dem Veräußerer zu theilen, so denegirt ihm der Prätor die proclamatio in libertatem, und macht ihn dadurch zum Sclaven.[x]) Dieser Rechtssatz bestand schon zur Zeit des Q. Mucius Scävola,[y]) ja damals wohl noch ausgedehnter, nachher wurde er durch Senatsbeschlüsse bestätigt,[z]) wahrscheinlich mit jener Beschränkung auf das Alter über zwanzig Jahren und der Theilung des Preises. Wo diese letzten Erfordernisse fehlten, gab dann der Prätor dem Käufer eine Pönalklage auf das Doppelte des Preises gegen den, der sich wissentlich hatte veräußern lassen.[aa])

c) durch das S. C. Claudianum (§ 211).

d) durch Verurtheilung zum Tod oder in metallum oder in opus metalli.[bb]) Die Verurtheilten werden servi poenae, sie sind nicht etwa Sclaven des Staats, sondern Sclaven ohne Herren, daher kann durch sie nichts erworben werden.[cc]) Diese servitus poenae ist erst unter den Principes eingeführt worden,[dd]) und Justinian hat sie 536 bei der Verurtheilung in die Bergwerke zu Gunsten der Ehe, die außerdem durch sie getrennt werden würde, wieder aufgehoben.[ee])

2) Capitis Deminutio in Beziehung auf die Civität. Sie besteht in dem Verlust der Civität, während die Freiheit bleibt, der Familienstatus aber geht ebenfalls verloren, da die Civität seine Voraussetzung ist. Diese c. d. heißt minor in Beziehung auf die maxima, media in Beziehung auf diese und auf die dritte (Note c).[ff]) Ein Civis kann aufhören es zu sein, und damit diese C. D. erleiden:

a) durch Annahme eines andern Bürgerrechts, welches sich mit dem römischen nicht verträgt, also in einer peregrinischen Stadt oder latinischen Colonie. Dieß geschieht, indem er ausdrücklich in eine solche Stadt sich aufnehmen läßt, aber auch vermöge des Postliminiums, wenn ein bei den Römern durch Freilassung Civis Gewordener in seine Heimath mit dem Willen, in seine frühere Stelle einzutreten, zurückkehrt.[gg])

---

x) Dig. XL. 13: quibus ad libertatem proclamare non licet. L. 7. 23 pr. § 1 D. de lib. causa (40, 12). *y*) L. 23 pr. cit.

z) L. 3 D. quibus ad libert. (40, 13).

aa) L. 14—22 D. de lib. causa (40, 12).

bb) L. 8 § 4 D. qui testam. (28, 1) L. 8 § 4 sqq. D. de poenis (48, 19) L. 5 § 3 D. de extrao. cogn. (50, 13).

cc) L. 25 § 2. 3 D. de adquir. her. (29, 2) L. 17 pr. D. de poenis (48, 19).

dd) Cic. de invent. II 50 Rhed. ad Herenn. I 13. [Vgl. M. Cohn Beiträge zur Bearbeitung des röm. Rechts II (1880) S. 61.] *ee*) Nov. 22 c. 8.

ff) Nur der Verlust der Civität kommt in unseren Quellen als c. d. in Beziehung auf den zweiten Status vor (Note c). Nach Savigny's Ansicht (Note e) wäre auch die Verwandlung des Latinus in einen Peregrinus eine c. d. media; diese Anwendung des Ausdrucks ist schon an sich kaum glaublich. Dagegen konnte zu einer Zeit, wo die staatsrechtliche Stellung des Civis neben der privatrechtlichen noch von großer Wichtigkeit war, und in den Cives mit dem ius suffragii et honorum und denen ohne dasselbe eine doppelte Civität deutlich in's Bewußtsein trat, der Verlust jener staatsrechtlichen Civität, also die Infamia (§ 216) als eine capitis deminutio erscheinen, Savigny System II § 81, indessen sagt Cicero (pro Roscio com. 6) von den iudicia famosa, ungeachtet es ihm gar nicht darum zu thun ist, den Ausdruck ihrer Wirkung zu schwächen, doch nur, sie seien summae existimationis *et paene dicam* capitis.

gg) Cic. pro Balbo 11. 12. pro Caec. 33. 34 de orat. I 40. Boeth. in top. cap. 4 (Orell. p. 302.)

b) durch Verurtheilung zu dem Verlust der Civität. Dieß geschah durch den Ausspruch, daß dem bisherigen Civis Wasser und Feuer versagt sein solle, aquae et ignis interdictio, ursprünglich eine Bestätigung des freiwilligen Exils, wodurch der Angeklagte dem Criminalverfahren sich entzog, nachher auch unabhängig davon als Strafe gebraucht. Unter den Principes wurde es üblicher, dieser Strafe die Gestalt einer deportatio in insulam zu geben, die daher eine gleiche Wirkung auf die Civität hat.[hh])

3) Capitis Deminutio in Beziehung auf die Familie. Sie besteht in einer mutatio familiae (Note c), in einer Vertauschung der Familie im civilrechtlichen Sinn, sei der Eintritt in einen andern bestehenden Agnatenkreis oder der Anfang einer ganz neuen Familie damit verbunden.[ii]) Wegen dieses positiven Elements setzt die mutatio familiae die Beibehaltung der Freiheit und Civität voraus; sie hat daher unter allen Capitis Deminutionen den geringsten Umfang und heißt darum c. d. minima. Sie wird wohl auch minor genannt, insofern die beiden anderen unter dem Namen magna, oder maiores deminutiones zusammengefaßt werden.[kk]) Ulpian bezeichnet sie als capitis minutio salvo statu contingens,[ll]), weil dadurch kein Status schlechthin verloren geht, der sie Erleidende hat noch die Freiheit, die römische Civität, und auch noch eine Familia, nur nicht mehr die, welcher er bisher angehörte. Aber es kann auch dieß in jene Aeußerung gelegt werden, daß die mutatio familiae an sich nicht mehr als eine Veränderung der Rechtsfähigkeit aufzufassen ist (§ 219), dieses Element liegt so wenig in dem neueren Charakter der c. d. minima, daß sie in gewissen Fällen sogar als eine Befreiung der Person von Beschränkungen erscheint.[mm])

C. d. minima erleidet, wer die Familie, den Agnatenkreis, dem er bisher angehörte, verändert und vertauscht. Die Fälle dieser Veränderung sind daher zugleich die Fälle der Capitis Deminutio, und sie sind es nur darum, weil jenes ihre Wirkung ist, nicht weil sie eine Veränderung der Rechtsfähigkeit nach sich ziehen, was bei mehreren Fällen allerdings nebenbei, in andern aber auch nicht eintritt. Im ältesten Recht freilich galt schon die Veränderung der Familie als eine Veränderung der Rechtsfähigkeit, und damit war jede Capitis Deminutio eine solche; dieß ist anders in dem neueren, wo nur die beiden größeren Deminutionen diesen Charakter behalten haben. Die Fälle sind folgende:

a) Mancipation (natürlich abgesehen von der Mancipation eines Sclaven).[nn]) Die Mancipation setzt voraus, daß der Mancipirte bisher in dem

---

hh) Liv. XXV 4. XXVI 3. Cic. pro Caec. 33. 34. Gai. I 161 L. 8 § 1. 2. D. qui test. (28, 1) L. 2 § 1 D. de poenis (48, 19) L. 5 § 3 D. de extrao. cogn. (50, 13).

ii) So nennt Cicero pro Balbo 11 den Uebertritt in eine andere Civität mutatio civitatis.

kk) L. 1 § 4 D. de suis et legit. (38, 16) vgl. L. 5 § 3 D. de extrao. cogn. (50, 13) Gai. I 163.

ll) L. 1 § 8 D. ad S. C. tertull. (38, 17).

mm) Eine Frau z. B. macht sich durch c. d. fähig zu testiren Cic. top. 4. — In der Definition, die Ulpian in den Fragm. XI 13 giebt: minima c. d. est per quam et civitate et libertate salva status duntaxat hominis mutatur, bezieht sich das duntaxat auf hominis, homo aber heißt hier die Privatperson im Gegensatz des Bürgers; es ist die c. d., welche nicht die Stellung als civis, wie die maxima und media, afficirt.

nn) L. 3 § 1 D. de cap. min. (4, 5): Emancipato filio et ceteris personis (Paulus hatte wahrscheinlich geschrieben: filio vel uxori, quae in manum convenerat) capitis minutio manifesto accidit, quum emancipari nemo possit, nisi in imaginariam servilem causam deductus. Aliter atque quum servus manumittitur; quia servile caput nullum ius habet, ideo nec minui potest.

Jus eines Andern sich befand, in welchem das Recht zu mancipiren liegt. Hier ist die Rede von dem, welcher in potestate oder in manu ist, der in mancipio Befindliche erleidet durch eine weitere Mancipation keine capitis deminutio. Aber auch bei jenem tritt die volle Bedeutung der c. d. minima, die familiae mutatio erst hervor, wenn er wieder aus dem Mancipium manumittirt wird, durch die Mancipation allein hat er zwar schon seine Familie verloren, aber erst durch die Manumission erhält er eine neue, die er selbst bildet, erst dadurch also ist die permutatio prioris status vollbracht.[oo]) Daher ist die Befreiung von der väterlichen Gewalt durch Emancipation eine C. D., der Austritt aus der Familie sollte in dem Durchgang durch eine fremde Gewalt sichtbar dargestellt und constatirt werden.

b) Eigentliche Adoption, Uebergang aus einer väterlichen Gewalt in die andere. Auch hier wurde der Austritt aus der bisherigen Familie durch eine Mancipation veranschaulicht, die einen Theil der Handlung ausmacht; so schließt sich dieser Fall am nächsten an den vorigen an.

c) Arrogation, Unterwerfung eines Paterfamilias unter die väterliche Gewalt.[pp]) Hier ließ sich die Mancipation als Theil der Handlung nicht denken, da niemand die Gewalt dazu hatte, sie wurde aber ersetzt durch das Gebot des Volks (oder seines Vertreters, des Princeps), vor welchem die Arrogation geschah.

d) Unterwerfung einer Frau unter die Manus.[qq]) Geschieht es durch Coemtion, so ist dieß ein der Mancipation ähnlicher Act, obwohl freilich dem Gehalt nach sehr verschieden, daher die Frau aus der Manus nicht unmittelbar manumittirt werden kann, sondern erst mittelst des Umwegs der Mancipation.[rr]) Bei der Confarreatio ist der Act dem der Arrogation in so fern analog, als er publica auctoritate, nämlich apud pontifices geschieht. Am weitesten entfernt sich von den bisherigen Fällen der C. D. die conventio in manum durch Usus, wo die C. D. gar nicht durch einen solennen Act bezeichnet wird. Daran schließt sich

e) die C. D., welche die Kinder eines Arrogirten erleiden, die mit ihrem Vater in die väterliche Gewalt und damit in die Familie des Arrogator übergehen.[ss]) Auch hier geschieht die C. D. stillschweigend, die mutatio familiae tritt ein und damit die C. D., aber ohne daß ein Act mit den Kindern selbst vorgenommen wird.

f) Causae probatio nach älterem, Legitimation nach neuerem Recht zieht den Kindern, die dadurch der väterlichen Gewalt unterworfen werden, eine C. D. zu, wie die Arrogation, mit der sie in der Wirkung gleich stehen. Auch hier ist es kein solenner Act, dessen Vornahme mit dem capite minutus jenen Erfolg äußerlich darstellte.[tt])

---

oo) Dadurch erklärt sich, daß Gaius (I 162) bei der Angabe dieses Fall, als eines der c. d. minima, die Erwähnung der Manumission hinzufügt: — et in his, qui mancipio dantur quique ex mancipatione manumittuntur, adeo quidem, ut quotiens quisque mancipetur *ac manumittatur*, totiens capite diminuatur. Das letzte bezieht sich auf den Sohn, der zweimal mancipirt und manumittirt in die väterliche Gewalt zurückfällt, und bei dem man wegen dieses Rückfalls hätte zweifeln können, ob in jenen zwei ersten Mancipationen eine C. D. liege. [Nach Studemunds Lesung steht aber nicht ac, sondern aut munumittatur, vgl. Cohn a. a. O. S. 110 f.]

pp) L. 2 § 2 D. de cap. min. (4, 5). *qq*) Ulpian. XI 13. Gai. I 162.

rr) Dieß ist der Inhalt der Lücke in Gai. I 123.

ss) Paul. L. 3 pr. D. de cap. min. (4, 5): liberos, qui adrogatum parentem sequuntur, placet minui caput, quum in aliena potestate sint et quum familiam mutaverint.

tt) Es soll nun noch angegeben werden, wie die c. d. minima nach Savigny's Ansicht sich

Die rechtlichen Folgen der capitis deminutio minima[uu]) sind zum Theil solche, die durch ihren Begriff selbst gegeben sind: der Austritt aus der Familie (dem Agnatenkreis), und alles, was damit wesentlich zusammenhängt, wohin auch der Austritt aus der Gens gehört,[vv]) und damit hängt ferner der Verlust des Patronatrechts zusammen; dieß galt ursprünglich als ein Gentilitätsrecht (Bd. I § 42), und nachdem diese Anschauung der Sache durch den Patronat der Plebejer ihre Ausschließlichkeit verloren hatte, später ganz verschwunden war, erhielt sich dennoch jene Folge als bestehendes Recht.[ww]) Aber die C. D. hat noch besondere, nicht schon durch die mutatio familiae gegebene Folgen. Einer Frau gibt sie die Möglichkeit zu testiren, dieß hat Hadrian aufgehoben, die c. d. soll dazu nicht mehr nöthig sein; sie endigt den Ususfructus und Usus, dieß hat Justinian abgeändert; sie befreit von den Klagen der Gläu-

---

stellt (s. Note e). Nach ihm ist sie nicht mutatio familiae (wie sie von Paulus, Note c, und im Grunde auch, nur weniger deutlich, in den übrigen allgemeinen Stellen dargestellt wird), sondern eine Degradation der Rechtsfähigkeit durch Unterwerfung eines homo sui iuris unter patria potestas oder manus, oder eines in potestate oder manu unter das Mancipium. Um dieß zu beweisen, kann er sich nicht an die Erklärungen der c. d. minima bei den römischen Juristen, er muß sich lediglich an die einzelnen Beispiele halten. Diese sind nun aber, wie ich glaube, seiner Ansicht nicht günstig. Die Kinder des Arrogatus (Num. e) können nach dieser keine c. d. erleiden, denn sie verändern ihre Rechtsfähigkeit nicht, sie gehen nur aus einer väterlichen Gewalt in die andere über; hier soll sich nun Paulus (Note ss) geirrt haben, aber zu dieser Annahme existirt kein Grund als eben nur die Ansicht, die durch ihre Uebereinstimmung mit den beglaubigten Fällen geprüft werden soll. Ferner eine Frau, die aus der väterlichen Gewalt heraus in manum mariti kommt, erleidet nach Savigny keine cap. dem., denn ihr persönlicher Zustand wird nicht verschlechtert, in den Quellen dagegen wird die in manum conventio überhaupt als eine c. d. angeführt, ohne die leiseste Andeutung, daß dieß gerade in dem gewöhnlichen Fall (denn dieß ist der, daß eine Frau aus der väterlichen Gewalt heraus heirathet) ganz anders sei. So dürften endlich auch die Entlassung des Filiusfamilias aus der Gewalt und die datio in adoptionem nach Savigny eigentlich keine c. d. sein, denn sie sind auf keine Degradation gerichtet; freilich kommt eine Mancipation dabei vor, und giebt Savigny äußerlich das Recht, sie als Deminutionen anzuerkennen, aber diese Mancipation muß nach seiner Ansicht als eine ganz unvernünftige, dem Zweck widersprechende Zuthat erscheinen. — Einen Gegengrund gegen die Auffassung der c. d. minima als familiae mutatio durch die späteren römischen Juristen findet Savigny in dem Umstand, daß die virgo vestalis und der flamen dialis durch ihre priesterliche Würde aus der väterlichen Gewalt und zwar ohne capitis deminutio herausgehen (Gai. I 130 III 114 Ulpian. X 5 Gell. I 12 aus Labeo und Capito). Von den vestalischen Jungfrauen sagt Labeo: sie erben nicht ab intestato, und werden nicht so beerbt, sterben sie ohne Testament, so werden ihre Güter dem Aerar zugesprochen. Er fügt hinzu: id quo iure fiat, quaeritur. Die Ausschließung der Intestaterbfolge deutet nun Savigny auf Aufhebung der Agnation als Quelle derselben, unter dieser Voraussetzung würden also die Vestalinnen aus dem Agnatenkreis ausgetreten sein ohne capitis deminutio, mithin könne der Begriff der c. d. nicht mit dem der mutatio familiae zusammenfallen. Von den Prämissen dieses Schlusses ist die mutatio familiae keineswegs beglaubigt, aber auch der Schluß selbst ist bei einem so exceptionellen Verhältniß, wie das der Vestalinnen auch in anderer Hinsicht war, bedenklich. Geben wir zu, daß bei der Vestalin, ungeachtet sie keine c. d. erlitt, das Familienband als gelöst betrachtet wurde (wie es denn gewiß ist, daß wenigstens die bedeutendste rechtliche Wirkung desselben wegfiel), so war dieß allerdings eine Singularität, aber keine größere, als daß sie ohne capitis deminutio (Cic. top. 4 Gai. I 115) das Recht zu testiren hatte, und es ließe sich, wenn wir darüber nicht bestimmtere Auskunft hätten, daraus eben so gut folgern, man habe die capio der Jungfrau als eine Capitis Deminutio betrachtet, als aus ihrer familiae mutatio, daß diese nicht den Inhalt der c. d. minima ausmache.

uu) Vgl. zu dem Folgenden Savigny System II § 69. 70

vv) Cic. top. 6.

ww) Dagegen sind die Folgen der Unterwerfung unter die väterliche Gewalt, die Manus u. s. f. überall keine Folgen der Capitis Deminutio selbst, sondern nur der besonderen Acte, mit denen sie sich verbindet, und von denen sie ebenfalls eine Folge ist. Durch die Arrogatio z. B. verliert der Arrogirte sein Vermögen an den Arrogator, dieser Verlust und die C. D. aber stehen unter einander nicht in dem Verhältniß von Ursache und Wirkung, sondern beide sind nebeneinander Folgen der Arrogation.

biger (mit Ausnahme gewisser Obligationen), diese Folge hat der Prätor der That nach dadurch beseitigt, daß er stets den Gläubigern die Klagen restituirt (§ 177 Note t); auch einige Forderungen gehen ausnahmsweise durch Cap. Dem. des Gläubigers unter.[xx]) Diese besonderen Folgen trugen dazu bei, die c. d. minima noch immer auf derselben Linie mit den übrigen festzuhalten, nachdem sie ihrer eigentlichen Richtung nach aufgehört hatte, eine Minderung der Rechtsfähigkeit zu sein; eben so hätte in ihnen das Institut noch eine Wichtigkeit behalten können, als im neusten justinianischen Recht die Agnationsrechte und damit auch die mutatio familiae ihre Bedeutung mit Ausnahme der Adoption gänzlich verloren, wenn nicht damals auch jene besonderen Folgen schon weggefallen gewesen wären.

Status Controversia.

CCXXI. Eine Untersuchung über den Status einer Person (status quaestio) kann im Interesse des Staats unternommen werden in Beziehung auf die öffentlichen Rechte, welche von dem Status abhängig sind. Dahin gehört die quaestio de civitate, welche gegen die Anmaßung des Bürgerrechts gerichtet, und unter andern durch die lex licinia et mucia (Bd. I § 64 Note b) angeordnet war, aber auch die accusatio ex lege visellia gegen den Libertinus, der die politischen Rechte eines Ingenuus in Anspruch nahm.[a])

Die Quästio Status kann aber auch in einem Civilrechtstreit vorkommen. Dieß setzt voraus, daß von dem Status einer Person ein Privatrecht derselben oder einer andern abhängt, um dessen willen der Status behauptet und bestritten wird.

Vor allem kann der Streit über den Status einen Bestandtheil oder Incidentpunkt eines andern Rechtsstreits, über das Recht nämlich, welches dadurch bedingt wird, ausmachen. So kann bei einem Erbschaftsstreit die Freiheit, die Civität des Testators in Frage kommen, eben so hängt der Erfolg der Vindication ex iure quiritium von der Civität (oder Latinität) des Klägers ab.[b])

Am nächsten diesem Fall steht die Verfolgung eines Rechts an der Person, dessen Anerkennung von der Untersuchung des Status abhängt. Dahin gehört die Vindication eines Menschen als Sclaven oder Filius, wenn der Gegner die Freiheit des Menschen oder seinen Austritt aus der väterlichen Gewalt behauptet. Hier aber ist die status controversia schon nicht mehr ein bloßer Incidentpunkt, da der behauptete Status in directem Widerspruch mit dem Recht, das der Kläger geltend macht, steht und in der Behauptung dieses Rechts eine unmittelbare Ableugnung jenes Status liegt.

Aber die Quästio Status kann auch von diesem Beiwerk eines anderen Rechts, welches dadurch bedingt wird, ganz entbunden, und für sich allein zum Gegenstand eines Processes gemacht werden. Dieß geschieht so, daß eine praeiudicialis formula gegeben und darin der Richter angewiesen wird, lediglich über die Frage zu entscheiden, ob einem gewissen Menschen ein gewisser Status

---

xx) Gai. III 83. 114. Das Nähere über diese Folgen wird bei den Rechten vorkommen, auf die sie sich beziehen.

a) S. § 215 Note c.

b) In ähnlicher Weise kommt Cicero in der Rede für den Cäcina, um einen von dieser Seite erhobenen Einwand des Gegners zu beseitigen, in den Fall, die Civität seines Clienten vertheidigen zu müssen.

zukomme oder nicht (§ 167).[c]) Dieser Weg kann von dem eingeschlagen werden, der den Status bestreitet, indem er die Geltendmachung seines Rechts (Eigenthum, väterliche Gewalt, Patronatrecht), für welche die Entscheidung über den Status ein Präjudicium werden soll, noch aussetzt. Ja es scheint diese abgesonderte Behandlung der Frage später als nothwendig vorgeschrieben worden zu sein.[d]) Für den, welcher den Status: die Freiheit, die Ingenuität behauptet, ist dieß ohnehin der einzige Weg, die Frage zur richterlichen Entscheidung zu bringen.

Es ist eine Eigenthümlichkeit der Quästio Status, wo sie nicht als bloßer Incidentpunkt vorkommt, daß der, über dessen Status gestritten wird, nicht selbst als Kläger oder Beklagter den Proceß führt, sondern von einem Andern vertreten wird. Am gewissesten ist dieß bei dem Proceß über die Freiheit; der, dessen Freiheit in Frage ist, wird durch einen assertor vertreten. Ob er bisher in libertate oder in servitute gelebt hat, ist ohne Einfluß darauf, es entscheidet nur über die Pateirolle (des Assertor) und die davon abhängende Beweislast (§ 212 Note bb). Eben so wenig bezieht sich darauf der auf die Zwölf Tafeln (die vindiciae secundum libertatem § 161 a. E.) zurückgeführte Grundsatz: post ordinatum liberale iudicium hominem, cuius de statu controversia est, liberi loco esse,[e]) denn dieser provisorische Zustand tritt erst in Folge der ordinata causa ein, giebt ihm also nicht das Recht, in dieser selbst wie ein in seinem Status Unangefochtener aufzutreten. Als der Freiheitsproceß noch ausschließlich die Form der Vindication (in servitutem, in libertatem) hatte, ließ sich dieß ohnehin nicht denken, man kann nicht vindiciren von dem, den man vindicirt, und man kann sich nicht selbst vindiciren. Aber diese Nothwendigkeit eines Assertor ist auch auf die praeiudicialis formula übertragen, erst Justinian hat sie aufgehoben.[f])

Wird die Frage über die Eigenschaft als Patersamilias durch eine Vindication von Seiten des angeblichen Gewalthabers eröffnet, so kann auch hier kein Zweifel sein, daß der angesprochene Sohn nicht der Beklagte ist. Wenn nun aber, weil der Klage die Selbständigkeit des Vindicirten entgegengesetzt wird, die Sache in ein Präjudicium übergeht, oder gleich von vornherein eine praeiudicialis formula gesucht wird, so spricht auch hier für die Nothwendigkeit eines Vertreters und gegen das Auftreten des Sohns als Klägers oder Beklagten der Umstand, daß die Natur der behaupteten Gewalt einen Proceß zwischen Vater und Sohn unzulässig macht.[g])

Ueber die Ingenuität einer Person kann in dem liberale iudicium ge-

---

c) Auch das Verfahren per sponsionem (§ 168) war anwendbar, wie früher die legis actio sacramento Cic. pro Caec. 33.

d) Für die Frage der Ingenuität ist dieß gewiß: quotiens de hoc contenditur, an quis libertus sit, sive operae petantur, sive obsequium desideretur, sive etiam famosa actio intendatur, sive in ius vocetur qui se patronum dicit, sive nulla causa interveniat, redditur praeiudicium Ulpian. L. 6 D. si ingenuus esse dicetur (40, 14).

e) L. 24. 25 § 2 D. de liberali causa (40, 12). Daher Klagen gegen und durch ihn angestellt werden können, selbst von dem angeblichen Herrn und gegen diesen.

f) Paul. sent. V 1, 5 Cod. VII 17: de adsertione tollenda. In den Pandektenstellen ist daher die Erwähnung des Assertor ausgelöscht, doch fehlt es nicht an Spuren des älteren Rechts, z. B. L. 29 pr. D. de lib. causa (40, 12): — qui ex servitute in libertatem petitus sit — L. 32 eod.: — ex servitute defensi — vgl. L. 9 in f. eod. So wird denn auch dem, der seine Freiheit verfechten will, nur eine in libertatem *proclamatio* zugeschrieben.

g) Für die Erledigung der Sache durch eine extraordinaria cognitio besteht dieses Hinderniß nicht, und dieß war in der dritten Periode wohl der gewöhnliche Weg, wie diese Frage erörtert wurde.

sprochen werden, wenn die Freiheit durch Geburt es ist, die dem als Sclaven Angesprochenen asserirt wird.[h]) Wird aber nur über die Ingenuität, nicht über die Freiheit überhaupt gestritten, so würde hier dem selbständigen Auftreten des angeblichen Libertus in dem Proceß mit dem möglichen Patron materiell nichts entgegenstehen. Dessenungeachtet ist es denkbar, daß die Nothwendigkeit eines Vertreters von der liberalis causa herübergenommen, wenn sie auch späterhin auf diese beschränkt wurde.[i]) Die partes actoris mit der Wirkung der Beweislast bestimmen sich eben so wie bei der liberalis causa darnach, ob die Person in possessione libertinitatis oder ingenuitatis ist;[k]) nur wenn der, welcher in Anspruch genommen wird, nicht seine Libertinität, sondern lediglich, daß er Libertus dieses Patrons sei, leugnet, liegt dem angeblichen Patron stets der Beweis ob.[l])

Die Quästio Status wurde nicht selten von den Herren oder Patronen gebraucht, um durch einen zum Schein angestellten Proceß, in dem sie sich überwinden ließen, ihren Sclaven oder Freigelassenen zu den Rechten der Ingenuität zu verhelfen. Diesem Mißbrauch ward durch ein Senatus Consultum unter Domitian und ein zweites unter Marc Aurel begegnet, wonach eine Retractation dieser Collusion innerhalb fünf Jahren zugelassen wird (Bd. I § 175 S. 537 f.)

---

h) L. 27 § 1 D. de lib. causa (40, 12): — si ex servitute in ingenuitatem se alleget — L. 29 § 1 eod.: qui ingenuus pronuntiatus est — L. 3 C. de ord. cognit. (7, 19).

i) Justinian erwähnt in seiner die Assertio aufhebenden Constitution (Note f) nur noch die liberalis causa, wobei sie zu beseitigen war. Der Ausdruck des Saturninus L. 2 § 1 D. si ingenuus (40, 14): qui se ex libertinitate ingenuitati adserant, ist unbestimmt; dagegen spricht Papinian L. 4 eod., von einem proclamare in ingenuitatem wie bei der liberalis causa. Vielleicht ist auch auf die Art, wie Gaius IV 44 dieses Beispiel einer praeiudicialis formula giebt: qua quaeritur, *aliquis* libertus sit, ein Gewicht zu legen; daß Theophilus IV 6, 13 die Formel sogar bei der liberalis causa so giebt: εἰ φαίνεται, μὲ ἐλεύθερον εἶναι, ist entweder ein offenbarer Irrthum, oder eine bei dieser historischen Fassung unpassende Rücksicht auf die justinianische Aufhebung der Assertio.

k) Ulpian. L. 14 D. de probat. (22, 3).

l) Ulpian. L. 6 in f. D. si ingen. (40, 14). Der Schlußsatz der Stelle ist auf diesen unmittelbar vorher erwähnten Fall zu beschränken; so löst sich der scheinbare Widerspruch zwischen dieser und der Stelle Note k.

Drittes Kapitel.

Von dem Recht des Besitzes.

Von den Sachen.

CCXXII. Die Dinge der äußeren Natur sind dem Menschen gegeben, daß sie ihm dienen, daß er sie sich unterwerfe. Ein solcher Gegenstand, der auf der einen Seite ein körperlich selbständiges Dasein, eine von dem Menschen äußerlich unabhängige Existenz, auf der andern Seite aber die Bestimmung hat, dem Menschen unterworfen zu sein, heißt Sache. So bildet der Begriff der Sache, des rein Gegenständlichen, den Gegensatz zu dem Begriff der Person, die zwar auch als Gegenstand eines rechtlichen Willens, aber doch nur so zu denken ist, daß damit immer noch eine Anerkennung ihrer Eigenschaft als Subject eines solchen verbunden bleibt.

Die philosophische Eintheilung der Dinge (nicht der Sachen) in sinnlich wahrnehmbare und intelligible, körperliche und unkörperliche, res corporales et incorporales[a]) wendeten die römischen Juristen auch auf die rechtlich in Betracht kommenden Gegenstände an.[b]) Sie wurden darauf zunächst dadurch geführt, daß die in rem actiones entweder auf eine Sache gehen (si paret, rem actoris esse), oder auf ein Recht (si paret ius utendi fruendi etc.; si paret, hereditatem actoris esse); dieß ließ sich so ausdrücken: der Gegenstand der in rem actio ist entweder eine res corporalis oder eine res incorporalis.[c]) In diesem Sinn hieß dann res das, wovon gesagt werden kann: meum est, und dieß ist entweder ein corporale oder incorporale. Freilich stand nichts im Wege, die Eintheilung nach Gelegenheit auch in einem weiteren Umfang zu ge-

---

a) Cic. top. 5: Definitionum autem duo sunt genera prima, unum earum rerum quae sunt, alterum earum quae intelliguntur. Esse ea dico quae cerni tangive possunt, ut fundum, aedes — —. Non esse rursus ea dico, quae tangi demonstrarive non possunt, cerni tamen animo atque intelligi possunt, ut si usucapionem, si tutelam, si gentem, si agnationem definias, quarum rerum nullum subest quasi corpus, est tamen quaedam conformatio insignita et impressa intelligentiae, quam notionem voco.

b) Gai. L. 1 § 1 D. de div. rer. (1, 8). Quaedam praeterea res corporales sunt, quaedam incorporales. Corporales hae sunt, quae tangi possunt, veluti fundus, homo, vestis, aurum, argentum, et denique aliae res innumerabiles. Incorporales sunt, quae tangi non possunt, qualia sunt ea, quae in iure consistunt, sicut hereditas, ususfructus, obligationes quoque modo contractae — —. Inst. II 2: de rebus incorporalibus.

c) Wie Ulpian XIX 11 von der Scheinvindication sagt: in iure cedi res etiam incorporales possunt, velut ususfructus et hereditas et tutela legitima libertae.

brauchen, wie sie bei den Philosophen alle Gegenstände in sich begriff. So waren daher auch die Obligationen zu den res incorporales zu zählen (Note b). Jedenfalls aber ist sie nur eine Eintheilung der Dinge, nicht der Sachen; diese vielmehr sind durchaus körperliche Gegenstände.

An jeder Sache können wir Theile unterscheiden, im Gegensatz zu denen die Sache selbst das ganze, die universitas, heißt. Geschieht dieß in Beziehung auf die Unterwerfung der Sache unter den Willen, ist also der Wille auf einen Theil gerichtet, so wird dieser in diesem Act selbst nicht als Theil, sondern als ein Selbständiges, als eine Sache für sich, das Ganze wird also getheilt (pro diviso) behandelt, denn theilen heißt eben: aus einem Ganzen mehrere Ganze machen.[d]) Daher setzt dieß voraus, daß der Theil auch als ein Selbständiges, als ein eigenes Ganzes existiren kann, mit andern Worten, daß die Sache überhaupt, und in Beziehung auf diese Theile insonderheit theilbar ist. Nun giebt es Theile (sie heißen integrirende), zu deren Wesen es gehört, Theile eines andern Ganzen zu sein, so daß sie in dem Ganzen völlig aufgehen, und nicht, ohne ihre Natur wesentlich zu verändern, gegen dasselbe selbständig werden können. In Beziehung auf diese Theile ist die Sache untheilbar, sie kann nicht pro diviso behandelt werden, es kann das Ganze, aber nicht ein solcher Theil besonders unserem Willen unterworfen sein. Die Steine z. B., aus denen ein Haus oder eine Mauer besteht, sind nicht auf die Art Theile des Gebäudes, daß sie nicht auch, ohne ihre Natur zu verändern, herausgenommen werden könnten, und es findet daher, auch während ihrer Verbindung, eine Behandlung derselben pro diviso Statt; dagegen ist das Gebäude selbst integrirender Theil des Bodens, auf dem es steht, es kann daher nicht als ein gegen den Boden Selbständiges behandelt werden, es kann unserem Willen nur mit, nicht ohne den Boden unterworfen sein. Dasselbe ist bei den Gliedern eines lebenden Wesens der Fall.

Nun können aber neben den körperlichen, aus denen die Sache besteht, Theile gedacht werden, unkörperliche, ideelle, intellectuelle.[e]) Diese Theile werden durch ihr Verhältniß zu dem Ganzen bestimmt, es sind quote Theile, eine reelle Theilung ist hier nicht geschehen. Ist daher der Wille auf einen solchen Theil gerichtet, so wird die Sache als ungetheilt (pro indiviso) behandelt, der körperliche Gegenstand des Willens ist die Sache überhaupt, die Beschränkung auf den Theil ist etwas lediglich in den Gedanken liegendes. Es ist, z. B. mehreren ein Grundstück unterworfen, aber nicht so, daß jedem ein körperlicher Theil gehört (pro diviso), in diesem Fall kann man eigentlich nicht sagen, das Grundstück gehört ihnen, vielmehr sind durch dieses Verhältniß selbst schon mehrere Grundstücke daraus geworden. Anders wenn jedem ein ideeller Theil, z. B. die Hälfte, gehört (pro indiviso), hier wird allerdings jeder nur als Eigenthümer dieses Theils gedacht, aber dieser Theil ist noch nicht körperlich dargestellt, körperlich tritt nur das Ganze hervor, daher wird dieser Fall mit dem Ausdruck bezeichnet: die Sache gehört ihnen gemeinschaftlich.

Wir haben so eben ein Verhältniß betrachtet, wobei das Ganze etwas Körperliches, die Theile bloß gedacht sind. Umgekehrt giebt es auch Fälle, wo

---

d) L. 25 § 1 D. de V. S. (50, 16): Quintus Mucius ait, partis appellatione rem pro indiviso significari, nam quod pro diviso nostrum sit, id non partem, sed totum esse, Servius non ineleganter partis appellatione utrumque contineri.

e) L. 5 D. de stipul. serv. (45, 3): Servus communis sic omnium est, non quasi singulorum totus, sed pro partibus, utique indivisis, ut intellectu magis partes habeant quam corpore —.

die Theile das Körperliche sind, das Ganze dagegen bloß gedacht wird.[f]) Es kommt nämlich vor, daß einer Anzahl von äußerlich ganz selbständig bestehenden, körperlich nicht zusammenhängenden Sachen eine gemeinsame Bestimmung, und damit ein innerer Zusammenhang gegeben ist, der sie als Theile eines Ganzen erscheinen läßt, eines Ganzen, das nicht in die äußeren Sinne fällt, da es bloß auf der den Sachen gegebenen Bestimmung beruht, sondern das nur gedacht wird. So die Pferde, aus denen ein Gestüte, die Schafe, aus denen eine Heerde, die Bücher, aus denen eine Bibliothek, die Sachen, aus denen ein Waarenlager besteht.[g]) An die Stelle des äußeren Zusammenhangs tritt hier ein innerer, der in jener gemeinsamen Bestimmung liegt. Wenn nun diese von der Art ist, daß der Zweck dieser Sachen völlig in ihr aufgeht, die Sachen also nicht noch einen davon unabhängigen Zweck haben, so daß mithin ihre innere Verbindung auf die Behandlung dieser Sachen einen ähnlichen Einfluß hat, wie die körperliche Verbindung bei einer aus anderen zusammengesetzten Sache (einem corpus ex cohaerentibus corporibus), so wird das unkörperliche Ganze im Recht selbst nach gewissen Richtungen hin als eine Sache behandelt, z. B. als Gegenstand des Eigenthums, des Pfandrechts.[h]) Dieses Ganze ist von den einzelnen Sachen, die es bilden, unabhängig, es bleibt dasselbe, wenn sie sich auch alle verändert hätten.[i]) So haben wir in einem solchen Ganzen eine juristische Sache, wie in einer universitas personarum eine juristische Person.[k])

Man hat diese unkörperlichen Ganzen aus körperlichen Theilen universitates rerum genannt (oder bestimmter, um sie von den aus körperlich zusammenhängenden Sachen bestehenden zu unterscheiden: universitates rerum distantium). Nun ist der Begriff von Ganzen und Theilen nicht auf Sachen eingeschränkt, auch auf Rechte findet er Anwendung; so ist das Vermögen eine

---

f) Es sind also vier Fälle zu unterscheiden: 1) universitas und Theile sind körperlich, z. B. L. 239 § 8 D. de V. S. (50, 16): territorium est universitas agrorum intra fines cuiusque civitatis — L. 7 § 11 D. de adqu. dom. (41, 1): — universitas aedificii — singulae res, ex quibus constat —; 2) die universitas ist körperlich, die Theile unkörperlich; 3) die universitas ist unkörperlich, die Theile körperlich; und da sich auch bei einer solchen Sache quote Theile denken lassen: 4) universitas und Theile sind unkörperlich.

g) Es ist eine Verirrung, wenn Warnkönig: über den Begriff und die Wichtigkeit der s. g. universitates rerum, Archiv für civ. Praxis XI S. 179 glaubt, das Ganze sei hier durch die äußeren Sinne wahrnehmbar, also ein körperliches: man sehe ja die Heerde, der Hirt treibe sie aus u. s. f. Für diese Verwechselung des Ganzen mit den einzelnen Stücken, die das einzig Sichtbare und Berührbare daran sind, kann der römische Jurist nicht einstehen, welcher sagt: est enim gregis unum corpus ex distantibus capitibus, sicut aedium unum corpus est ex cohaerentibus lapidibus (§ 18 I. de legat. 2, 20), da bekanntlich corpus nicht immer einen Körper im natürlichen Sinne bedeutet.

h) L. 1 § 3 D. de R. V. (6, 1) L. 13 pr. 34 pr. D. de pignor. (20, 1).

i) L. 3 pr. D. de R. V. (6, 1) L. 22 D. de legat. I (30), vgl. L. 76 D. de iudic. (5, 1). Man darf aber nicht glauben, daß, wo ein solches corpus, quod ex distantibus corporibus constat (L. 30 pr. D. de usurp. 41, 3), als Ganzes (als universitas) Gegenstand eines Rechtsverhältnisses ist, nun schlechterdings auch die einzelnen Stücke nicht in Betracht kommen. Das Eigenthum, das Pfandrecht an dem Ganzen besteht mit dem Recht an den einzelnen Theilen; diese Möglichkeit, selbständig Gegenstand desselben Rechts zu sein, liegt bei der bloß inneren Verbindung sogar noch näher, als bei der zugleich äußerlichen in einem corpus ex cohaerentibus corporibus. Man ist in jenen Irrthum verfallen durch die L. 34 pr. D. de pignor. (20, 1), wo aber gerade das Gegentheil anerkannt ist, während die besondere Entscheidung, die darin gegeben wird, auf einem anderen, mit der allgemeinen Natur der unkörperlichen universitates nicht zusammenhängenden Grunde beruht, und auch durchaus nicht von allen gilt, s. § 250 Note o.

k) Daher läßt sich allerdings sagen, es giebt unkörperliche Sachen (nur sind es nicht die, welche man gewöhnlich unter diesem Ausdruck versteht), aber es sind eben nur fingirte Sachen.

universitas, deren Theile die Rechte sind, aus denen es besteht. Auch dieß ist eine unkörperliche Universitas mit unkörperlichen Theilen (was hier nicht bloß von den möglichen quoten Theilen, sondern auch von den Stücken, aus denen sie besteht, gilt). Aber mit diesem Begriff sind wir aus der Reihe der Sachen völlig hinausgetreten, er kann nicht in eine Linie mit den bisherigen gestellt werden.[l])

CCXXIII. Die natürlichen Unterschiede der körperlichen Dinge, soweit sie auf ihre Bestimmung, Gegenstände des rechtlichen Willens zu sein, Einfluß haben, sind im Recht hervorgehoben und als Unterschiede der Sachen aufgefaßt worden. Die meisten derselben werden da zur Sprache kommen, wo ihr Einfluß sich zeigt, einer aber ist von so allgemeiner Bedeutung für die Unterwerfung der Sachen unter den Willen, daß er gleich hier erörtert werden muß.

Die Sachen sind bewegliche oder unbewegliche. Res mobiles oder moventes sind die, welche ohne Veränderung ihres Wesens einer Ortsveränderung fähig sind, sei es übrigens durch eigene Kraft (se moventes), oder bloß durch eine außer ihnen liegende.[a]) Die Eigenschaft der Unbeweglichkeit kommt an sich nur dem Erdboden, solum, zu; aber die Sachen, welche wesentlich mit ihm verbunden, integrirende Theile desselben geworden sind, werden von ihm an sich gezogen, sie werden res soli, und dadurch res immobiles, so die im Boden wurzelnden Gewächse,[b]) und die Gebäude, sofern sie zu dieser festen Verbindung mit dem Boden, auf dem sie stehen, bestimmt sind.[c]) Für Theile des solum, Grundstücke, haben die Römer das Wort praedia. Ein Grundstück, das als ein Ganzes für sich behandelt wird, heißt fundus; als einen Theil eines andern, eines Fundus, nennen sie es locus. Die Lage der Grundstücke theilt sie in praedia rustica und urbana, die Gebäude auf jenen heißen villae, die auf diesen aedes, ein Platz ohne Gebäude heißt dort ager, hier area.[d]) Jene Eintheilung wird aber nicht bloß auf den Ort, sondern auch auf die Art und Beschaffenheit der Grundstücke bezogen, und dabei die örtliche Bedeutung theils modificirt, theils ganz davon abstrahirt. Praedia rustica, als Grundstücke ländlicher Beschaffenheit genommen, sind Grundstücke, welche der ländlichen Lebensart, insonderheit dem Betrieb des Landbaues bestimmt sind; praedia urbana

---

l) Die alte Lehre war: die universitas rerum sei von doppelter Art: 1) universitas facti s. hominis (darunter verstand man jene universitates rerum distantium, von denen so eben die Rede gewesen ist); 2) universitas iuris, ein Vermögensinbegriff, wie Erbschaft, Peculium, Dos. Bei dieser s. g. universitas iuris sollte die unterscheidende Regel gelten, daß, wenn eine Sache daraus genommen und mit einer anderen (z. B. durch Kauf oder Verkauf) vertauscht würde, die letztere ganz von selbst und nothwendig an der Stelle jener ein Theil der universitas iuris werde: res succedit in locum pretii et pretium in locum rei. Diese letztere Behauptung ist eben so unrichtig, als jene Zusammenstellung fremdartiger Begriffe. Mit Erfolg ist beides bekämpft worden von Hasse: über universitas iuris und rerum, und über Universal- und Singular-Succession (1821), Archiv für civil. Praxis V 1. [Ueber den Begriff der corpora ex distantibus vgl. jetzt Göppert über einheitliche, zusammengesetzte und Gesammtsachen (1871) S. 49 f. 94 f.]

a) L. 93 D. de V. S. (50, 16) L. 1 pr. D. de aed. ed. (21, 1).

b) L. 40 D. de act. emti (19, 1): arborum quae in fundo continentur, non est separatum corpus a fundo.

c) L. 7 § 10 D. de adqu. dom. (41, 1): omne quod inaedificatur, solo cedit. Ein Gebäude aus Holz, welches an einem Ort errichtet wird, um sodann an einen andern Platz gebracht zu werden, ist nicht eher eine unbewegliche Sache, als bis diese seine Bestimmung in Wirklichkeit getreten ist, und wenn es überhaupt nicht bestimmt ist, auf einem gewissen Grund unveränderlich zu bleiben, bleibt es stets eine bewegliche Sache, wie z. B. eine Bude, s. L. 60 eod.

d) L. 27 pr. 60. 115. 211 D. de V. S. (50, 16).

solche, die den Bedingungen der persönlichen Existenz und Bequemlichkeit, der bürgerlichen Gewerbe, überhaupt den von dem Gebrauch zur Gewinnung der Bodenerzeugnisse unabhängigen Bedürfnissen dienen. Ein Gebäude für sich betrachtet wird hiernach stets ein praedium urbanum genannt werden müssen, denn der Boden, auf dem es steht, ist dem Landbau entzogen,[e]) aber in seinem Zusammenhang mit einem andern Grundstück betrachtet, kann es untergeordneter Bestandtheil eines Landguts, also für die Zwecke des Landbaues bestimmt, und insofern einem praedium rusticum gleichgestellt sein, so daß das praedium rusticum auch die für den Betrieb der Landwirthschaft bestimmten Gebäude begreift.[f]) Umgekehrt kann jeder Platz ohne Gebäude für sich betrachtet ein praedium rusticum genannt werden, aber wenn er nur Accession eines praedium urbanum ist, so nimmt er insoweit auch die Eigenschaften desselben an, z. B. ein Garten am Hause, der nicht zur Oeconomie, sondern für die Bequemlichkeit des Bewohners bestimmt ist.[g]) Suburbanum praedium heißt dem Ort nach ein Grundstück, das außerhalb der Stadt, aber noch im Gebiet oder der unmittelbaren Nähe derselben liegt,[h]) aber es wird auch eine besondere Beschaffenheit des Grundstücks damit bezeichnet, und dann heißt es ein solches, das sich von den städtischen nicht durch seine Lage, sondern durch seinen ländlichen Charakter unterscheidet.[i])

Die natürliche Hingabe unter den menschlichen Willen liegt schon in dem Begriff der Sache, wir können nicht Sache nennen, was seiner natürlichen Beschaffenheit nach der Beherrschung des Menschen entnommen ist. Aber manche Sachen sind durch das Recht der menschlichen Herrschaft entweder überhaupt oder wenigstens dem Privatrecht entzogen. Von diesen, und besonders von den letzteren, die nicht der menschlichen Herrschaft überhaupt entzogen sind, wird der Ausdruck gebraucht: non est commercium earum.[k]) Mit diesem Ausspruch kann entweder bloß das quiritische Recht, oder auch schlechthin jede privatrechtliche Unterwerfung ausgeschlossen sein (§ 197 a. E.)[l]) Wir sprechen an diesem Ort bloß von denen, deren Ausschließung von dem Verkehr diesen letzteren Umfang hat.

Manche Sachen sind dem menschlichen Recht ganz entzogen, sie heißen res divini iuris.[m]) Es sind die res sacrae, die dem Gottesdienst durch eine

---

e) § 1 L. de servit. (2, 3) L. 4 D. in quib. caus. pign. (20, 2) Ulpian. XIX 1.

f) L. 198 D. de V. S. (50, 16) L. 4 § 1 D. in quib. caus. pign. (20, 2): Stabula, quae non sunt in continentibus aedificiis, quorum praediorum ea numero habenda sint, dubitari potest. Et quidem urbanorum sine dubio non sunt, quum a ceteris aedificiis separata sint (d. h. ein solches Gebäude erscheint durch seine isolirte Lage als bloße Accession des praedium rusticum, während eine Reihe von Gebäuden sich als etwas principales darstellt). Quod ad causam tamen taciti pignoris pertinet, non multum ab urbanis praediis differunt; denn bei dem Pfandrecht an den in das gemiethete praedium urbanum eingebrachten Sachen wird nur auf die Beschaffenheit des Grundstücks für sich gesehen. Eben so auch bei den Servituten L. 1 pr. D. comm. praed. (8, 4), s. § 253.

g) L. 198 in f. D. de V. S. (50, 16).

h) L. 41 § 6 D. de legat. III (32).

i) L. 16 C. de praed. minor. (5, 71): — quod ab urbanis non loco, sed qualitate discernitur —. Also die horti, die in reditu sunt (L. 198 in f. D. de V. S.) sind solche praedia suburbana.

k) L. 6 pr. D. de contrah. emt. (18, 1): — ut sacra et religiosa loca, aut quorum commercium non sit, ut publica, quae non in pecunia populi, sed in publico usu habeantur, ut est campus martius.

l) So ist kein Commercium der Provincialgrundstücke nach Jus civile, sie sind aber darum nicht überhaupt dem Privatrecht entzogen.

m) Gai. I 2—9 L. 6 § 2 sqq. D. de div. rer. (1, 8) § 7—10 I. de rer. divis. (2, 1).

priesterliche Ceremonie unter öffentlicher Autorität geweiht sind, und die res religiosae, die durch einen Privatact, nämlich durch die Bestattung eines Todten entstehen, wodurch der Platz mit dem, was darauf errichtet ist, zum locus religiosus wird, vorausgesetzt, daß der Ort dieser Disposition des Bestattenden unterworfen war, und die Absicht nicht bloß auf eine vorübergehende Beisetzung des Leichnams ging. Die Autorität, von der die Entstehung einer res divini iuris abhängt, ist bei den res sacrae die auctoritas populi, bei den religiosae das Eigenthum an dem Boden, daher dem Besitzer eines Provincialgrundstücks die Macht, einen Platz darauf durch Begräbniß zum locus religiosus zu machen, abgesprochen wurde. Sofern aber sein Recht dem Eigenthum analog ist, wird auch ein solcher Ort nach der Analogie eines religiosus behandelt. — An diesen Sachen besteht kein Eigenthum, auch nicht für den Staat oder die Kirche; dieß schließt indessen nicht aus, daß sie unter dem Schutz des öffentlichen Rechts stehen, zu welchem Behuf auch Popularklagen gegeben werden,[n]) und bei res religiosae ist die Beziehung auf Privatpersonen nicht ausgeschlossen, sofern es sich um das Recht der fortdauernden Benutzung eines solchen Orts auch für künftige Begräbnisse handelt.[o]) Auch wieder aufgehoben kann diese Eigenschaft einer Sache werden, aber nur durch öffentliche Autorität,[p]) außerdem hat das Gelangen derselben in die Gewalt der Feinde dieselbe Folge, weil dadurch der bisherige rechtliche Zustand der Sache, und damit auch das divinum ius derselben, ausgelöscht wird.[q])

Sanctum ist, was durch eine besondere Verpönung seiner Verletzung geschützt ist, ein solches ist auch das sacrum und religiosum. Aber jener Schutz hat sich auf gewisse res humani iuris erstreckt, und diese werden res sanctae in einem besonderen Sinne genannt. Es sind gewisse öffentliche Sachen, die auch schon bei ihrer Entstehung durch religiöse Ceremonien einen geheiligten Charakter erhalten, und auf deren Verletzung eine bedeutende Strafe gesetzt ist; als Beispiele werden die Mauern und Thore einer Stadt angeführt.[r]) Von diesen wird gesagt, sie seien in gewisser Hinsicht den res divini iuris gleichgestellt; dieß bezieht sich nicht bloß auf die so eben bemerkte Eigenschaft, sondern auch darauf, daß die Mauern und Thore eines Municipiums zwar im Eigenthum der Stadt sind, aber doch der Disposition derselben entzogen, so daß jede Veränderung eine Genehmigung der Staatsregierung voraussetzt.

Die res humani iuris sind regelmäßig dem Commercium hingegeben. Es ist daher nur zufällig, wenn sie sich nicht in der Herrschaft von Privatpersonen befinden, oder ganz und gar herrenlos sind, wie z. B. die wilden Thiere, während sie in ihrer natürlichen Freiheit sich befinden. Aber es giebt solche, hinsichtlich deren kein Commercium besteht.

Für einige Sachen gilt das Princip, daß sie Gemeingut aller Menschen sind: communia omnium, so daß eine Unterwerfung weder von Einzelnen, noch von den Staaten statthaft ist. So die Luft, das Flußwasser als vorüberfließendes, also in seiner Beweglichkeit gedacht, das Meer und mit diesem die Meeresufer, die sich so weit ins Land erstrecken, als die Fluth des Meeres bei ihrem höchsten Stande reicht.[s]) Niemand kann sich eine ausschließliche Gewalt

---

n) Dig. XLIII 6: ne quid in loco sacro fiat. XLVII 12: de sepulcro violato.
o) Dig. XI 8: de mortuo inferendo et sepulcro aedificando.
p) L. 44 § 1 D. de religiosis (11, 7) L. 14 C. eod. (3, 44).
q) L. 36 D. eod.
r) L. 1 pr. 8. 9 § 3. 4 L. 11 D. de divis. rer. (1, 8). Festus v. religiosus.
s) L. 2—4 D. de div. rer. (1, 8) Cic. top. 7 L. 96 pr. 112 D. de V. S. (50, 16).

über diese Sachen zuschreiben, aber sofern die Ausscheidung eines Theils davon möglich ist, wodurch dieser Theil selbständig gegen das Ganze wird, verliert er auch seine Eigenschaft einer res omnium communis. So ist der durch Errichtung eines Gebäudes auf dem Ufer oder in das Meer hinein dem Meer abgewonnene Platz nicht mehr Meeresboden oder Meeresufer, und daher dem Commercium errungen, so lange die Ausscheidung dauert, also das Meer nicht wieder den Sieg über dieses menschliche Werk davon trägt, vorausgesetzt, daß jene Ausscheidung nicht als ein Hinderniß des gemeinen Gebrauchs verboten ist.[t]) Es gab Juristen, welche die Meeresufer, also den Meeresboden, soweit er zur Zeit der Ebbe frei ist, für Eigenthum des Staats hielten, dessen Territorium das Meer begrenzt,[u]) ohne Zweifel, um das Recht einer anderen Nation, von jener Möglichkeit der Aneignung eines Stücks durch Bauten Gebrauch zu machen, auszuschließen, ein Recht, welches von dem Prinzip einer res omnium communis aus nicht in Abrede zu stellen war.[v])

Unter den Sachen, die im Eigenthum des Staats sich befinden, res publicae, sind solche, die den Bedürfnissen desselben auf dieselbe Weise zu dienen bestimmt sind, wie das Vermögen des Einzelnen den Bedürfnissen dieses, die daher zu dem eigentlichen Staatsvermögen, der pecunia populi, gehören. Sie dem Verkehr entziehen, würde ein Hinderniß ihres Zwecks, der Bestreitung der Staatsbedürfnisse, sein, obwohl vielleicht durch singuläres Recht das Gelangen derselben an Andere ohne den Willen ihres jetzigen Eigenthümers (z. B. durch Usucapion) erschwert sein kann. Ist ein solches Staatsgut für unveräußerlich erklärt, so ist dadurch allerdings jedes Recht einer Privatperson davon ausgeschlossen, die unveräußerliche Sache also dem Commercium entzogen.[w]) Unter den res publicae aber sind solche, die dem gemeinen Gebrauch der Bürger bestimmt sind, quae in publico usu habentur, an diesen besteht kein Commercium.[x]) Solche sind der Staatsboden, der zu öffentlichen Plätzen, und zu Land- und Wasserstraßen (viae publicae — rusticae et urbicae; flumen, lacus, fossa, stagnum publicum, portus) dient.[y]) Bei dem flumen publicum macht übrigens der Fluß selbst den Boden, der sein Bette bildet, nicht dieser jenen zur res publica; als Staatseigenthum gilt jedes flumen perenne.[z])

---

t) L. 6 pr. 10 D. de div. rer. (1, 8) L. 14. 50 D. de adqu. dom. (41, 1) L. 3. 4 D. ne quid in loco publ. (43, 8).

u) Celsus L. 3 cit.

v) Der Rechtssatz, daß der Luftraum über einem Grundstück zu diesem gehört L. 22 § 4 D. quod vi (43, 24), und daher der Eigenthümer jede Einwirkung, die dessen Freiheit beeinträchtigt, abwehren kann L. 1 pr. D. de serv. praed. urb. (8, 2), pflegt auch als eine solche Modification des obigen Princips dargestellt zu werden, gleich als ob aus dem Grundsatz, daß die Luft Gemeingut ist, eigentlich folgen würde, daß jeder in jenem Luftraum vornehmen könnte, was er Lust hat. Aber dieß folgt so wenig daraus, als daß jeder die Portion Luft, deren er bedarf, in meinem Zimmer einnehmen dürfte. Es ist klar, daß darum, daß die Luft Gemeingut ist, nicht jeder Raum es ist, in dem sich Luft befindet. Man könnte sagen: hiernach habe der Satz, daß die Luft eine res omnium communis sei, eine kaum sichtbare juristische Bedeutung. Dieses Ergebniß hätte kein Bedenken, da wenigstens die Römer nirgends ein merkliches Gewicht darauf legen.

w) Dieß ist festgesetzt für die fundi patrimoniales des Princeps L. 39 § 10 D. de legat. I (30).

x) L. 6 pr. 72 § 1 D. de contr. emt. (18, 1). Auch Privateigenthum kann dem gemeinen Gebrauch unterworfen sein, so die Ufer eines öffentlichen Flusses, soweit der Gebrauch des letzteren jenes mit sich bringt § 4 I. de rer. div. (2, 1) L. 5 pr. D. de div. rer. (1, 8). Also nicht der publicus usus allein ist es, der eine Sache aus dem Commercium nimmt.

y) L. 1 § 21 sqq. D. ne quid in loco publ. (43, 8) L. un. D. ut in flum. publ. (43, 14).

z) L. 1 § 2. 3 D. de flumin. (43, 12).

Gegen eine Beschädigung dieser res publicae und gegen Beeinträchtigung ihres öffentlichen Gebrauchs sind Rechtsmittel gegeben.[aa]) Dieser gemeine Gebrauch kommt auch bei Sachen vor, die im Eigenthum einer Stadt sind, auch diese hat ihre öffentlichen Plätze und Straßen, im Gegensatz zu ihrer pecunia oder patrimonium. Auch auf sie ist jener Rechtssatz erstreckt, daß sie dem Commercium entzogen sind, wie denn auch sogar der Name res publicae auf sie ausgedehnt worden ist.[bb])

Nach allerältestem Recht war das ganze Territorium des Staats Staatseigenthum, aber zum größten Theil dem Gebrauch der Bürger hingegeben, also in publico usu, nur daß der Einzelne den Besitz der Grundstücke erhielt, und davon, so lange der Staat seine Concession nicht zurücknahm, Andere ausschloß (Bd. I § 40). Das Privatgrundeigenthum nach quiritischem Recht, welches nachher neben jener possessio entstand, wurde als ein vom Staat verliehenes behandelt, es wurde durch Assignation (ager assignatus), oder durch Verkauf von dem Staat an die Bürger (ager quaestorius) von dem Ager publicus ausgeschieden. Diese Ausscheidung wurde durch ein äußerliches Kennzeichen sichtbar gemacht; es bestand in der Einschließung des Privatlandes in Limites, so daß anfangs ager limitatus und ager privatus gleichbedeutend war.[cc]) Die Limitation bestand darin, daß der ganze District mit einem Netz von Linien, theils von Süd nach Nord (cardines), theils von Ost nach West jene rechtwinklig durchschneidend (decumani), überzogen wurde.[dd]) Die äußersten schließen den District nach außen ab, die inneren theilen ihn in Vierecke von gleichem Maß, Centurien genannt,[ee]) ihr Abstand von einander richtet sich nach der Größe dieser Centurien, bei Centurien von 200 Jugera beträgt er 2400 Fuß. Die Limites wurden mit Grenzzeichen versehen, überdieß wurde für die nöthigen Wege dadurch gesorgt, daß sie nicht bloße mathematische Linien, sondern Grenzraine waren, die, dem Privateigenthum entzogen, im Eigenthum des Staats zurückblieben, wenigstens bei assignirtem Land. Die größte Breite hatten die zwei Hauptlimites, mit deren Ziehung das ganze Geschäft begonnen wurde: cardo maximus, decumanus maximus (sie stieg bis auf 20 und 40 Fuß), geringer war die der actuarii oder quintarii limites (je die fünften — oder, den Ausgangspunkt mitgerechnet, die sechsten Limites, die also fünf Centurien einschlossen); die zwischen den Actuarii liegenden (je vier) Limites waren in den Provinzen bloße Linien ohne Breite (sie waren nur mensuris agendis, nicht itineribus agendis bestimmt), und hießen daher linearii, in Italien waren auch sie als Grenzstreifen, die im Staatseigenthum blieben, angelegt, um zu Wegen zu dienen, und wurden subruncivi genannt, ihre Breite war gesetzlich auf acht

---

aa) Dig. XLIII 7. 8. 11. 12—15.

bb) L. 15—17 D. de V. S. (50, 16). Darum werden in L. 6 § 1 D. de div. rer. (1, 8) als Beispiele für Sachen, die im Eigenthum der universitas, nicht der Einzelnen sind, zuerst die Theater, Stadien u. dergl. angeführt, weil bei diesen jener Umstand am sichtbarsten hervortritt, da sie gar nicht ins Eigenthum der Einzelnen kommen können.

cc) Daher Festus die possessiones (h. v.) als agri late patentes bestimmt. — Das limitirte Land wird auch dem ager occupatorius entgegengesetzt, d. h. dem auf andere Art als durch Assignation oder quästorischen Verkauf in den Privatbesitz gekommenen.

dd) Sic. Flaccus de cond. agror. in Gromatici veteres ex rec. C. Lachmanni (1848) p. 152, Hyginus de limitib. constituendis, ib. p. 166 sqq.

ee) Paul. Diac. ex Festo: Limitatus ager est in centurias dimensus. — Centuriatus ager in ducena iugera definitus, quia Romulus centenis civibus ducena iugera tribuit. Ein iugerum beträgt 240 Fuß in die Länge, 120 in die Breite, die Hälfte davon ist ein actus quadratus, 120 Fuß ins Gevierte Varro de R. R. I 10.

Fuß gestellt.[ff]) Es war wie bemerkt, eine Zeit in Rom, wo jeder ager privatus limitirt war, dieß änderte sich späterhin, es gab in den Provinzen und in Italien vieles Privatland, das es weder durch Assignation noch durch Verkauf vom Staat geworden war, dieses war nicht limitirt. Ein District nun, der nicht vermessen ist, dessen Umfang also nur durch entgegenstehende Landwehren: Flüsse, Berge, Forsten, oder durch fremdes Grundeigenthum bestimmt wird, heißt ager arcifinius.[gg])

Der Besitz.[a])

CCXXIV. Wir haben die Sache als den der menschlichen Herrschaft vollkommen hingegebenen Gegenstand bestimmt, ihr Loos ist die Unterwerfung unter den Willen des Menschen. Diese Unterwerfung bietet sich uns zunächst als eine factische dar, deren Resultat die factische Gewalt über die Sache ist, die wir Besitz der Sache nennen.[b]) Dieses Verhältniß hat eben darum nicht in sich selbst einen rechtlichen Charakter, für sich ist es der rechtlichen Betrachtung gegenüber etwas zweideutiges: daß ich die Sache in meiner factischen Gewalt habe, kann, das Verhältniß für sich genommen, eben so wohl Unrecht als Recht sein, — während die rechtliche Unterwerfung der Sache, deren Resultat ist, daß mir die Sache gehört, daß ich Eigenthümer derselben bin, schon in sich selbst einen entschiedenen rechtlichen Charakter hat, ohne denselben anderswoher entlehnen zu müssen.

Wenn nun jene factische Herrschaft als eine für sich bestehende ein rechtliches Dasein erhalten soll — wir setzen dieß für jetzt nur als eine Möglichkeit,

---

ff) Hyginus de limit. const. p. 168 Lachm.

gg) Isidor. orig. XV 12, 11. Sic. Flacc. p. 137, 21. Frontin. 5, 6 Lachm. Die Ableitungen ab arcendis hostibus oder vicinis oder finibus mögen in dieselbe Classe von Etymologien fallen, welcher territorium von hostes terrendi causa angehört. [Die Limitation wurde auch in den Colonien, namentlich in den Militärcolonien der Uebergangszeit zur Kaiserperiode angewendet; sie stimmt mit den modernen Separationen darin überein, daß die Loose zusammengelegt werden und daß die Grenz- und Wegestreitigkeiten wegfallen, nur sind es nicht die alten Besitzer, sondern die Veteranen, welchen diese Vortheile zu statten kommen. Vgl. Rudorff gromatische Institutionen in den Schriften der Feldmesser II (1852) § 46 S. 366. § 87 S. 463. R.]

a) Kein Glied unseres Rechtssystems hat eine so überfließende Literatur, als der Besitz, besonders in Beziehung auf einzelne Momente dieser Lehre. Weniger zahllos sind die vollständigeren Darstellungen derselben. Eine von ihnen steht hoch über den andern, die sie im Ganzen antiquirt hat. Es ist Savigny's Recht des Besitzes, zuerst erschienen 1803, zum sechstenmal 1837 [zum siebentenmal mit einem Anhang „Ueber die neuere Besitzliteratur seit der sechsten Ausgabe" von Rudorff 1865. Vgl. Ihering Beiträge zur Lehre vom Besitz. Erster Beitrag: über den Grund des Besitzschutzes 1868 (auch in den Jahrbüchern für Dogmatik IX 1) 2. Aufl. 1869 (Anzeige von Reinhold Schmidt in der Krit. Vierteljahrsschrift XII S. 65—85), Bruns die Besitzklagen des römischen und heutigen Rechts 1874, Meischeider Besitz und Besitzschutz 1876, Bekker das Recht des Besitzes bei den Römern 1880.]

b) Diese dialectische Priorität der factischen Herrschaft vor der rechtlichen, des Besitzes vor dem Eigenthum, gestaltet sich bei den römischen Juristen zu der historischen Reflexion, daß die Menschheit erst durch den Besitz hindurch zum Eigenthum gekommen sei: possessio appellata est, ut et Labeo ait, a sedibus, quasi positio, quia naturaliter tenetur ab eo, qui ei insistit, quam Graeci κατοχὴν dicunt. Dominiumque rerum ex naturali possessione coepisse, Nerva filius ait — L. 1 D. de adquir. vel amittenda possessione (41, 2). Diese Ansicht muß sich jedem empfehlen, der sich die Geschichte der Menschheit von ihrem ersten Anfang an als einen Fortgang von Unrecht zu Recht, von Unvollkommenheit zu Vollkommenheit, von Materialismus zu Geistigkeit vorzustellen pflegt. Aber vielmehr war das Recht vor dem Unrecht; die Trennung des Factums von dem Recht (Bd. I S. 39) ist nicht von Anfang gewesen, und erst, als es zu dieser Trennung kam, konnte der factische Zustand als ein für sich bestehender in das Bewußtsein eintreten.

ob es wirklich geschehen, ob der Besitz ein Rechtsverhältniß geworden ist, wird sich nachher ergeben —, so kann dieß nur so gedacht werden, daß sie diese rechtliche Existenz von einem Recht ableitet, unter dessen Schutz sie steht, von dem sie getragen wird. Das Problem ist: es soll von uns, indem wir besitzen und darum, daß wir besitzen, gesagt werden können, daß wir in einem rechtlichen Zustand uns befinden, wir sollen als Besitzer einen rechtlichen Schutz in Anspruch nehmen können, und doch ist dieser Besitz, eben indem wir ihn für sich betrachten, seinem Wesen nach etwas factisches, — wir berufen uns, indem wir Besitzer zu sein behaupten, auf eine Thatsache, die es unentschieden läßt, ob wir im Recht oder im Unrecht sind, und verlangen doch, in diesem Verhältniß geschützt zu werden — wie mag das zugehen? Man könnte daran denken, die rechtliche Existenz des Besitzes aus dem Eigenthum, der rechtlichen Herrschaft über die Sache, abzuleiten. In der That vermag das Eigenthum dem Besitz einen rechtlichen Charakter zu geben: der Besitz ist dann ein rechtlicher Zustand, wenn der Eigenthümer besitzt, oder wer diese Befugniß von dem Eigenthümer erhalten hat. Aber was ist die Folge dieser Deckung des Besitzes durch das Eigenthum? Daß der Besitz von dem Eigenthum rechtlich absorbirt wird, daß die factische Herrschaft nur dann eine rechtliche Existenz hat, wenn sie mit der rechtlichen verbunden ist, daß sie selbständig gegen das Eigenthum geworden schlechthin das Unrecht ist. Das Problem ist aber grade, daß die factische Herrschaft selbständig gegenüber der rechtlichen gedacht ein rechtliches Dasein haben soll. Wenn ich, um meinen Besitz als einen rechtlichen Zustand darzustellen, mich auf das Eigenthum an der Sache berufen muß, so ist die Klage, die ich wegen Verletzung meines Besitzes anstelle, allein die Eigenthumsklage, das Recht, welches verletzt ist, das Recht, welches geschützt wird, ist das Eigenthum, und nicht der Besitz.

Wir werden jenes Problem nie lösen können, wenn wir uns an das Eigenthum, diese der Selbständigkeit des Besitzers feindliche, sie verzehrende Macht wenden, vor welcher der Besitz, wenn er sich von ihr ablösen will, stets als Unrecht erscheinen muß. Die Bedingung der Lösung ist das Ignoriren des Eigenthums, denn das Problem ist eben dieses: warum wird der Besitzer geschützt, mag er Eigenthümer sein oder nicht, also warum wird bei diesem Schutz das Eigenthum ignorirt? Das Recht, aus dem dieses rechtliche Dasein des Besitzes sich ableitet, kann nur das Recht sein, welches dem Eigenthum und dem Besitz vorausgeht, das Recht der Persönlichkeit. Es ist die Persönlichkeit des Besitzers, welche seinen Besitz deckt und schirmt. Wenn ich als Eigenthümer respectirt werden will, so berufe ich mich allerdings stillschweigend auch auf meine Persönlichkeit, ohne die ich auch nicht Eigenthümer sein könnte. Aber ich berufe mich überdieß auf das Recht, welches meine Herrschaft über die Sache zu einer rechtlichen macht, ich behaupte, meine Unterwerfung der Sache sei auf eine mit einem selbständigen rechtlichen Charakter bekleidete Art geschehen, sie trage ihre rechtliche Existenz als eine selbständige in sich und brauche sie nicht von einem andern Recht zu entlehnen. Ich *gründe* meinen Anspruch nicht auf den Rechtssatz, der mir Persönlichkeit, sondern auf den, der mir diese Sache selbst unmittelbar zuerkennt. Wenn ich dagegen meinen Besitz geachtet wissen will, so fällt diese letztere Berufung weg, ich behaupte nicht, daß das Recht mir die Sache selbst zuerkennt, denn ich behaupte ja nicht die rechtliche, sondern die factische Herrschaft, indem ich noch dahin gestellt sein lasse, ob sie auch für sich betrachtet eine rechtliche sei, es bleibt also hier nichts übrig, als jene Berufung auf meine Persönlichkeit, und diese ist daher hier nicht bloß

die allgemeine Voraussetzung, sondern der specielle Grund meines Anspruchs. Weil ich Person bin, behaupte ich, muß mein die Sache unterwerfender Wille, der Ausfluß meiner Persönlichkeit, bis auf einen gewissen Grad geachtet, es muß ihm eine rechtliche Existenz zuerkannt werden, die er nicht in sich trägt (denn ich sage noch nicht, daß die Sache mir gehört), aber die er aus dem Recht der Persönlichkeit ableitet.

So haben wir den Besitz als die Beziehung der Person auf Sachen anzusehen, die noch unselbständig wie unter der Tutel der Persönlichkeit steht, von der sie sich noch nicht frei gemacht hat; die Person bezieht sich im Besitz noch immer auf sich selbst, und lediglich darauf beruht das rechtliche Dasein des Besitzes.

CCXXV. Aber hat der Besitz wirklich ein rechtliches Dasein? Unter den Interdicten, durch welche der Prätor Privatinteressen schützt, kommen neben denen, welche die Nachweisung eines Rechts an einer Sache, einer Person, einem Vermögen voraussetzen, und bei welchen der Richter über die Existenz dieses Rechts zu urtheilen hat (quae proprietatis causam habent, quae rei persecutionem continent, quae iuris tuendi causa competunt), auch solche vor, bei denen es sich lediglich um die Ausübung eines dauernden öffentlichen, Familien- und Vermögensrechts handelt, so daß diese das Interdict begründet, und von ihr die Entscheidung abhängt: interdicta quae possessionis causam habent.[a]) In diese Classe gehören auch die, welche den Besitz des Klägers zu ihrem Grunde haben:[b]) die eigentlich possessorischen Interdicte.[c]) Sie haben den Zweck, theils einen gegenwärtigen Besitz gegen Störung zu schützen, theils einen verlorenen Besitz wiederzuverschaffen, jene heißen retinendae, diese recuperandae possessionis.[d])

Die interdicta retinendae possessionis haben den Zweck, den Besitz aufrecht zu erhalten, der von dem Gegner angefochten wird. Die Anfechtung kann in einer materiellen Störung bestehen, einer Handlung, wodurch der Besitzer verhindert wird, etwas, wozu ihm der Besitz die factische Macht giebt, mit der Sache vorzunehmen, oder wodurch der Handelnde selbst etwas mit der Sache vornimmt, ohne jedoch jenem den Besitz zu entziehen.[e]) Aber auch schon das Bestreiten des Besitzes ohne irgend eine Thätigkeit ist eine Anfechtung, die das Interdict veranlaßt, diese letztere Veranlassung ist sogar die gewöhnliche.[f]) Bei

---

a) L. 2 § 2 D. de interd. (43, 1).

b) [Verschieden davon sind die, welche beim Beklagten Besitz voraussetzen, z. B. quod legatorum nomine *possides*, Fragm. vat. § 90. R.]

c) [Quintilian. I. O. VII 5 in sponsionibus, quae ex interdictis fiunt, etiamsi non proprietatis est quaestio, sed tantum possessionis, tamen non solum possedisse se, sed etiam nostrum possedisse docere debet. R.]

d) Bloß bei diesen beiden Classen ist der Besitz Grund und Zweck oder Gegenstand zugleich. Bloß Gegenstand ist er bei den interdicta adipiscendae possessionis, die einen Besitz verschaffen sollen, den man noch nicht gehabt hat, die also nicht auf den Besitz sich gründen, durch welche nicht der Besitz, sondern ein sonstiges Recht geschützt wird (proprietatis causam habent) Gai. IV 144—147 L. 2 § 3 D. de interd. (43, 1). Eben so bei den Interdicten, die zwar nicht wesentlich voraussetzen, daß der Kläger den Besitz noch nicht gehabt hat (wie dieß bei den interdicta adipiscendae possessionis der Fall ist, die vielmehr auch die Wiedererlangung eines schon gehabten Besitzes zur Folge haben (sie heißen eben darum duplicia: tam adipiscendae quam recuperandae possessionis, s. darüber § 232 Note k), bei denen aber eben dieses Moment, ob der Kläger schon einmal Besitzer war, gleichgültig ist, und die also ebenfalls den Besitz nicht zu ihrem Grunde haben.

e) L. 3 § 2—4 D. uti possid. (43, 17) L. 11 D. de vi (43, 16).

f) Daher bezeichnen die Römer die Veranlassung als possessionis controversiam fieri, und bringen auch die thatsächliche Störung unter diese Rubrik L. 3 § 2 D. uti possid. (43, 17).

dem Streit über das Eigenthum hängt die Parteirolle von dem Besitz ab, der gegenwärtige Besitzer hat den Vortheil, Beklagter zu sein, den Gegner trifft das onus petitoris. Wenn nun jede Partei darauf Anspruch macht, so ist dieser Punkt vor allem zu erledigen. Nach dem ältesten Recht wurde darüber kein besonderer Proceß geführt, der Prätor entschied nach seinem Ermessen, später aber gab er das interdictum retinendae possessionis, dem zu Folge die Frage, wer Besitzer sei, in einem besonderen Judicium entschieden wurde; dieß war nach Ulpian der erste Anlaß zur Einführung dieser Interdicte.[g]) Der Zweck, der mit dem Interdict verfolgt wird, ist stets die Anerkennung des Besitzes, im Fall einer thätlichen Störung kommt dazu noch der Ersatz des dadurch verursachten Schadens.[h])

Der Prätor hat ein doppeltes Interdict proponirt: für unbewegliche und bewegliche Sachen. Für den Besitz an Grundstücken ist bestimmt das interdictum uti possidetis.[i]) Um in diesem Proceß zu siegen, muß man gegenwärtiger Besitzer sein, aber dieß ist noch nicht hinreichend, der Besitzer muß auch nec vi, nec clam, nec precario von seinem Gegner besitzen, d. h. er darf seinen Besitz nicht von dem Gegner durch eines jener drei vitia possessionis überkommen haben: durch Gewalt gegen ihn, oder durch eine Verheimlichung seines Besitzerwerbs vor, oder durch eine Ueberlassung des Besitzes auf beliebigen Widerruf von ihm. Wenn nun eine der beiden Parteien als Besitzer befunden wird, aber mit einem jener Vitia gegenüber ihrem Gegner, so wird diesem der Besitz zuerkannt; so kann es geschehen, daß der, welcher nicht gegenwärtiger Besitzer ist, in Folge des Interdicts als Besitzer anerkannt wird, für ihn also das Interdict die Wirkung eines interdictum recuperandae possessionis hat. Dieß ist eine Folge davon, daß die interdicta retinendae possessionis, wie schon aus ihrer Fassung hervorgeht, beide Parteien als mögliche Besitzer im Auge haben (sie sind duplicia in diesem Sinn), jede Partei zugleich als Kläger und Beklagter behandelt, und der Besitz jedem, der sich als Besitzer ausweist, zuerkannt

---

g) L. 1 § 2. 3 D. uti possid. (43, 17). Daß der Prätor die Worte vim fieri veto in diesen Interdicten gebraucht, deutet keineswegs auf einen andern Anlaß, und ist daher kein Grund gegen die Richtigkeit jener historischen Behauptung. — Uebrigens muß man nicht glauben, daß, weil bei der legis actio eine solenne Feststellung des Besitzes durch Deductio u. s. f. und das vindicias dicere geschah (§ 161), die Anwendung des Interdicts hier ausgeschlossen gewesen wäre. Auch hier war das Interdict statthaft, und nach seinem Erfolg bestimmen sich sodann jene solennen Handlungen, die eben nichts anders als Solennitäten waren, worin früher das Ermessen des Prätors, später das Resultat des Interdicts seinen förmlichen Ausdruck fand. Daher könnten sehr wohl die interdicta retinendae possessionis schon zur Zeit des ausschließlichen Verfahrens mit Legis Actiones entstanden sein.

h) Ueber das Verfahren bei diesen Interdicten s. Bd. I § 169.

i) Bei Festus (v. possessio) lautet das Interdict: uti nunc possidetis *eum fundum* quo de agitur, quod nec vi, nec clam, nec precario alter ab altero possidetis, ita possideatis, adversus ea vim fieri veto: in L. 1 pr. D. uti possid. (43, 17): uti *eas aedes* q. d. a. nec vi, nec clam, nec precario alter ab altero possidetis, quo minus ita possideatis, vim fieri veto. De cloacis hoc interdictum non dabo, [über den Sinn dieser Klausel vgl. Schmidt (v. Ilmenau) in der Zeitschr. für gesch. R. W. XV 3 (1848) S. 88. R.] neque pluris quam quanti res erit, intra annum, quo primum experiundi potestas fuerit, agere permittam. [Ein drittes Formular: uti possidetis *eum locum* wurde bei Grundstücken, die nicht Landgüter oder Häuser sind, oder bei partes pro diviso gebraucht L. 60 D. de V. S. (50, 16) L. 1 § 8 L. 3 § 6 D. uti poss. (43, 17). Rudorff Zeitschr. für gesch. Rechtsw. XI S. 336. R. — Vgl. im allg. Albert über das int. u. p. 1824. Herm. Witte das int. u. p. als Grundlage des heutigen possessorium ordinarium 1863. Eck die sogenannten doppelseitigen Klagen (1870) S. 28—88. Krüger Bemerkungen über das int. u. p. in den Krit. Versuchen (1870) S. 88—113. Bruns Besitzklagen § 1—10. Bekker Recht des Besitzes § 19.]

werden soll;[k]) der gegenwärtige Besitz gilt nicht wegen des Vitiums, er wird ignorirt, dadurch wird der ihm vorhergehende Besitz des Gegners der gegenwärtige.[l]) — Für den Besitz beweglicher Sachen ist das interdictum utrubi bestimmt.[m]) Hier soll nach dem prätorischen Edict der gegenwärtige Augenblick nicht entscheiden, der soll gewinnen, welcher in dem letzten Jahr, von dem Anfang des Processes rückwärts gerechnet, längere Zeit als sein Gegner besessen hat, so jedoch daß auch hier ein Besitz, der vi, clam oder precario von der andern Partei angefangen hat, nicht gilt; dagegen kann sich jeder der Länge seines Besitzes die des Besitzes seines Vorgängers, von dem er ex iusta causa den Besitz erhalten hat, zurechnen: es findet eine accessio possessionis Statt.[n]) Was bei dem interdictum uti possidetis aus der Natur der interdicta retinendae possessionis als duplicia folgte, daß man in Folge derselben einen verlorenen Besitz wieder erlangen kann, das ist hier schon durch jene Zeitbestimmung gegeben; wer durch Gewalt, Heimlichkeit oder Precarium den Besitz einer beweglichen Sache verloren hat, kann sich den Besitz durch das interdictum utrubi von dem widerrechtlichen Besitzer, vorausgesetzt, daß dieser noch besitzt,[o]) wieder verschaffen, wenn er nur innerhalb eines Jahrs Gebrauch davon macht.[p]) Jene Rücksicht auf den längeren Besitz im letzten Jahr war schon vor Justinian abgekommen, und das Interdict wurde ganz eben so behandelt, wie das interdictum uti possidetis.[q])

Wir haben gesehen, daß, wenn dem Besitzer der Besitz durch Gewalt oder heimlich entzogen worden ist, oder wenn er ihn durch Precarium weggegeben hat, er innerhalb eines Jahrs ihn durch das interdictum retinendae posses-

---

k) Gai. IV 160 L. 3 pr. D. uti possid. (43, 17). [Die Duplicität darf weder auf das Interdict allein, noch auf die rein äußerliche Zusammenfassung zweier int. simplicia beschränkt werden, wie es bei Schmidt Int. S. 180 f. und Eck S. 47 geschieht, sie umfaßt das ganze Verfahren auch in materieller Hinsicht. Es ist derselbe Grundgedanke wie im Sacramentsprocesse, daß das bloße Bestreiten des Besitzes nicht genügt, sondern eigener Besitz behauptet werden müsse, nur wurde im Interdict durch die fructuum licitatio zugleich die Parteirolle bestimmt. Rudorff R. G. II S. 181 Eck a. a. O. S. 46. R. — Gegen die Bestimmung der Parteirollen durch die fr. licit. vgl. Krüger a. a. O. S. 91.]

l) Man muß dieß nicht auf den Beklagten beschränken, so daß bei dem Kläger schlechterdings der gegenwärtige Besitz vorausgesetzt würde, — dieß würde gerade der Natur der duplicia iudicia widerstreiten, bei denen eben eine Partei wie die andere behandelt werden soll. [Schmidt Interdictenverfahren (1853) S. 113 meint, diese Ausdehnung könne nur vom Standpunkt derer behauptet werden, welche eine possessio duorum in solidum annehmen; dagegen Krüger a. a. O. S. 94.]

m) „Utrubi hic homo de quo agitur apud quem maiore parte huius anni fuit, quo minus is eum ducat, vim fieri veto" Gai. IV 160 L. 1 pr. D. utrubi (43, 31).

n) Gai. IV 150—152.

o) L. 3 § 10 D. uti possid. (43, 17).

p) [Von dem interdictum uti possidetis gilt dieß nicht, allein dem cascellianum oder secutorium iudicium (§ 169) auf Restitution des Besitzes oder quanti res est — Gai. IV 166 L. 3 § 11 D. uti poss. (43, 17) — steht nach Ablauf eines Jahres die exceptio temporis entgegen. Auf diese Klagen bezogen sich ursprünglich die Edictsworte: neque pluris quam quanti res erit, intra annum (= neque post annum) agere permittam Note i. Rudorff Zeitschrift für gesch. Rechtswiss. XI S. 359. 360. Ihering Geist III (1865) S. 30 Note 10 bestreitet die Behauptung Savigny's (Recht des Bes. § 38), daß für die vergangene Zeit Schadensersatz geleistet werden müsse, deshalb, weil die L. 3 § 11 D. cit. „lediglich von dem quanti interest possessionem retinere, d. h. dem Interesse des gegenwärtigen Besitzes spricht". Er hätte aber statt retinere vielmehr possessionem unterstreichen müssen, denn die Gegensätze sind nicht gegenwärtiger und vergangener Besitz (welche beide restituirt oder ästimirt werden müssen), sondern Besitz und Eigenthum worauf Servius die Worte irrthümlich beziehen wollte, indem er possessio für die Besitzung — L. 78 D. de V. S. (50, 16) — nahm. R.]

q) § 4 I. de interd. (4, 15) L. 1 § 1 D. utrubi (43, 31). Die letzte Stelle ist sichtlich interpolirt.

sionis sich wieder verschaffen kann. Nun finden wir aber noch eine besondere Reihe von Interdicten, die von vorn herein diesen Zweck haben, und daher interdicta recuperandae possessionis genannt werden: das interdictum de vi, de clandestina possessione, de precario. Worin lag die Veranlassung, diese Interdicte neben jenen zu proponiren, und waren sie nicht überflüssig, zumal da auch sie (eines ausgenommen) auf ein Jahr beschränkt sind? Ihr besonderer Nutzen beruht theils auf einem ihnen allen gemeinschaftlichen Umstand, theils auf solchen, die einzelnen von ihnen eigenthümlich sind. Von diesen letzteren nachher. Jener allgemeine aber besteht darin, daß die Wirksamkeit des interdictum retinendae possessionis im Fall einer gewaltsamen ꝛc. Besitzentziehung davon abhängt, daß der Beklagte die Sache noch besitzt, während, auch wenn er den Besitz jetzt nicht mehr hat, mit dem interdictum recuperandae possessionis die Restitution (dem Werth nach) von ihm gefordert werden kann.

Das interdictum de vi (oder unde vi) ist dem bestimmt, welcher des Besitzes eines Grundstücks gewaltsam entsetzt worden ist.[r]) Es geht gegen den, welcher dem Besitzer durch eine unmittelbar gegen die Person gerichtete Gewalt (atrox vis) den Besitz entzogen hat, mag dieses Resultat durch wirkliche Anwendung der Gewalt erreicht worden, oder der Besitzer vor der wirklichen Anwendung gewichen sein.[s]) Die Anwendung der Waffen hat zur Folge, daß der Dejicirte das Interdict hat, auch wenn er vitiose von dem Beklagten besessen hatte, das Interdict heißt dann de vi armata; nach justinianischem Recht fällt die exceptio vitiosae possessionis ab adversario auch bei der gewöhnlichen Gewalt weg, so daß zwischen dem interdictum de vi und de vi armata kein Unterschied mehr ist.[t]) Ob der Dejicient jetzt noch besitzt, ist gleichgültig,[u]) und nicht bloß der Besitz des Grundstücks muß von ihm restituirt, sondern auch die beweglichen Sachen, die sich darauf zur Zeit der Dejection befanden,[v]) können gefordert werden, wie auch die Früchte, nicht wie bei den andern Interdicten von der Zeit des Proceßanfangs, sondern von der Zeit der Dejection an.[w]) Nach einem Jahr giebt der Prätor noch eine actio in factum auf das, was an den Beklagten durch seine Gewaltthat gekommen ist, und diese Klage ist es auch, die gegen die Erben des Dejicienten angestellt werden kann.[x]) In jenem beträchtlichen Umfang dessen, was mit diesem Interdict zu erlangen ist, liegt denn

---

r) Aus Cicero pro Caec. 19. 30. 31. 32, pro Tullio 44 (vgl. Gai. IV 154) ergiebt sich folgende Fassung im prätorischen Edict: unde tu illum vi deiecisti, aut familia tua, aut procurator tuus deiecit, cum ille nec vi, nec clam, nec precario a te possideret, eo illum restituas. In L. 1 pr. D. de vi et de vi armata (43, 16) lautet es so: unde tu illum vi deiecisti, aut familia tua deiecit, de eo quaeque ille tunc ibi habuit, tantummodo intra annum, post annum de eo, quod ad eum, qui vi deiecit, pervenerit, iudicium dabo. Nach intra annum oder vor tantummodo sind die Worte quanti ea res erit ausgefallen. Vgl. Savigny System V Beil. XII 4. [Schmidt Interdictenverfahren (1853 S. 257), welcher darauf aufmerksam macht, daß diese Edictsstelle von den Kompilatoren verändert ist. Eine andere Formel lautet: unde dolo malo tuo ille aut familia aut procurator eius vi detrusus est rel. Ueber die Gründe dieser Verschiedenheiten vgl. Keller sem. II (1843) p. 304 III (1851) p. 619. R.]

s) L. 1 § 29 D. de vi (43, 16).

t) Der Zusatz quum ille nec vi etc. possideret (Note r) wurde daher bei dem interdictum de vi armata nicht gemacht (Cic. pro Caec. 31, der dieß so zu wenden sucht, als wenn bei diesem Interdict gar nicht einmal Besitz des Dejicirten erforderlich sei, ohne Zweifel, weil dieß der schwache Punkt in der Sache seines Clienten war); in der Formel der Pandekten (Note r) ist er auch für das gewöhnliche interdictum de vi weggelassen. Vgl. § 6 I. de interd. (4, 15).

u) L. 1 § 42 L. 15 D. de vi (43, 16).

v) L. 1 § 33 sqq. D. eod.

w) L. 1 § 40 D. eod.

x) L. 1 § 48 L. 3 D. eod.

auch der besondere Vortheil, den es vor dem interdictum uti possidetis voraus hat; die Beschränktheit des letzteren vermochte den Prätor, als gewaltsame Entsetzungen häufiger wurden, neben ihm das selbständige interdictum recuperandae possessionis einzuführen.[y]) Bei der vis armata kommt noch hinzu, daß dem Dejicirten die Fehlerhaftigkeit seines eigenen Besitzes nicht schaden sollte, wie es bei dem interdictum uti possidetis der Fall gewesen wäre; vielleicht ist das Interdict zuerst für diesen Fall eingeführt, und dann erst auf die gewöhnliche vis ausgedehnt worden.

Das interdictum de clandestina possessione, wegen heimlicher Entziehung des Besitzes,[z]) wird nur in einer einzigen Stelle erwähnt,[aa]) über den Anlaß seiner Entstehung läßt sich daher nichts ermitteln.

Das interdictum de precario ist bestimmt, dem, welcher durch ein Precarium aus dem Besitz einer unbeweglichen oder beweglichen Sache gekommen ist, indem er einen Andern auf Widerruf besitzen läßt, denselben wieder zu verschaffen.[bb]) Der Beklagte ist der, welcher die Sache precario habet, d. h. als eine, deren Besitz nur auf jene Weise überlassen ist, also mit dem Bewußtsein der factischen Uebereinstimmung zwischen ihm und dem früheren Besitzer, auf welcher sein Besitz beruht. Daher behaupteten Manche, es gehe nicht gegen den Erben des Empfängers,[cc]) Andere dagegen sahen über diese Consequenz hinweg.[dd]) Ob der Beklagte selbst um die Ueberlassung der Sache gebeten hat, ist gleichgültig,[ee]) ja das Precarium läßt sich ohne alle ausdrückliche rogatio denken, es kann auf einem stillschweigenden Uebereinkommen beruhen.[ff]) Dieses Interdict ist vielleicht das älteste interdictum recuperandae possessionis.*) Die Veranlassung, einem Andern etwas ohne Präjudiz für unsere Rechte zu gestatten, mit dem Vorbehalt beliebiger Zurücknahme der Erlaubniß, tritt häufig ein. Einer der gewöhnlichsten Fälle war bei den Römern der, daß der Gläubiger dem Schuldner das Pfand zum Besitz und Genuß überließ (§ 247). Ein Rechtsgeschäft war das Precarium nicht,[gg]) verweigerte der Empfänger die Rückgabe, so wurde der Besitzstreit gegen ihn erhoben, das interdictum retinendae possessionis war aber namentlich hier ungenügend, es hätte innerhalb eines Jahres von der Verleihung an gerechnet angestellt werden müssen, das war der Regel nach für beide Theile inconvenient. Darum proponirte der Prätor dieses Interdict, das er eben darum, wodurch es sich von den übrigen unterscheidet, von der Beschränkung auf ein Jahr befreite.[hh]) Als sich später

---

y) Die größere Beschränktheit des interdictum retinendae possessionis machte sich besonders fühlbar bei unbeweglichen Sachen, wo durch die Dejection gewöhnlich noch manches andere mit verloren ging, daher wurde das interdictum de vi nur bei diesen gegeben L. 1 § 6 D. de vi (43, 16).

z) Ueber den Begriff des clam possidere s. L. 6 pr. 40 § 2 D. de adqu. poss. (41, 2).

aa) L. 7 § 5 D. comm. div. (10, 3). Ob Cicero agrar. III 3 ein besonderes interdictum recuperandae possessionis wegen Clandestinität meint, steht dahin.

bb) „Quod precario ab illo habes aut dolo malo fecisti, ut desineres habere, qua de re agitur, id illi restituas", L. 2 pr. D. de precario (43, 26). Daß es ursprünglich auf Grundstücke beschränkt war, läßt sich aus der Beschreibung des Precariums bei Isid. orig. V. 25, 17 nicht schließen.

cc) Paul. V 6, 12 Papin. L. 11 D. de div. temp. praescr. (44, 3) Celsus L. 12 § 1 D. de precar. (43, 26).

dd) Ulpian. L. 8 § 8 D. eod. Dioclet. L. 2 C. eod. (8, 9).

ee) L. 4 § 2—4 D. eod.

*) [Nach Bruns Besitzklagen S. 180 gehört das interdictum de precario nicht zu den possessorischen Interdicten, vgl. Bekker Recht des Bes. § 18.]

ff) Paul. V 6, 11.

gg) Die Ueberlassung verlor diesen Charakter, wenn die Rückgabe durch eine Stipulation versichert ward L. 15 § 3 D. de precario (43, 26).

hh) L. 8 § 7 D. eod.

die s. g. Innominatcontracte ausgebildet hatten, stellte man das Precarium unter diese Rechtsgeschäfte, und gestattete die actio praescriptis verbis,[ii] das Interdict als das herkömmliche Rechtsmittel blieb daneben bestehen, obwohl es nun aufhörte, ein dringendes Bedürfniß zu sein.

Durch alle diese Interdicte wird der Besitz geschützt, und zwar der Besitz selbst, in seiner unmittelbaren Gestalt als factische Gewalt über eine Sache. Dadurch hat er eine rechtliche Existenz erhalten, die sich lediglich mit diesem Factum verknüpft. Diese reine Aufnahme des Besitzes unter die rechtlichen Zustände wird auch nicht dadurch getrübt, daß die rechtmäßige oder unrechtmäßige Entstehung des Besitzes einen Einfluß auf seinen Schutz hat. Die iniusta possessio, d. h. der Besitz, der vi oder clam oder precario erworben ist, wird allerdings nicht gegen den geschützt, von dem er durch eines dieser drei vitia possessionis an den Besitzer gelangte, aber abgesehen davon giebt die iniusta possessio denselben Anspruch auf Schutz wie die iusta.[kk] Die Interdicte entspringen aus der possessio, gleichviel ob sie iusta oder iniusta ist, nur wenn zwei Besitzer gegen einander auftreten (ein ehemaliger und ein gegenwärtiger), von denen der eine von dem andern vitiose besitzt, wird jener nicht geschützt gegen diesen.[ll]

So hat sich das, was oben als bloße Möglichkeit aufgestellt worden ist, um unter dieser Voraussetzung die rechtliche Natur des Besitzes zu bestimmen, es hat sich die Behandlung des Besitzes als ein Recht, als wirkliche Thatsache ergeben, von welcher aus dem Begriff, der Erwerbung, dem Verlust des Besitzes ein unmittelbar rechtliches Interesse zukommt.

Juristischer Besitz.

CCXXVI. Der Besitz, als die factische Gewalt über eine Sache, enthält zwei Momente: 1) einen körperlichen Zustand, das körperliche Verhältniß zur Sache, welches jene Gewalt, also die Möglichkeit gewährt, über die Sache factisch vollkommen zu verfügen; 2) den auf die Sache gerichteten Willen; einem Bewußtlosen können wir keine Gewalt zuschreiben, auch wenn das körperliche Verhältniß zur Sache existirte, der Schlafende z. B., dem etwas zugesteckt wird, besitzt nicht, bis er davon Kenntniß erhält, und die Sache haben will. Diese beiden Elemente des Besitzes werden von den römischen Juristen mit den Ausdrücken corpus und animus bezeichnet, der animus auch als affectio tenendi oder possidendi.[a]

Das Corpus kann insofern verschieden sein, als verschiedene körperliche Zustände, die uns in jene Lage versetzen, sich denken lassen, es kann darin bestehen, daß ich die Sache in der Hand halte, bei mir trage, daß ich sie unter

---

ii) Iulian. L. 19 § 2 D. eod. Ulpian. L. 2 § 2 eod. Paul. V 6, 10. Von dieser Zeit an machte sich vielleicht die Ansicht geltend, daß das Interdict auch gegen die Erben stattfinden müsse, obwohl es noch immer Juristen gab, die gegen die Erben ausschließlich auf die actio verwiesen, Note cc.

kk) L. 2 D. uti poss. (43, 17): iusta enim an iniusta adversus ceteros possessio sit, in hoc interdicto nihil refert, qualiscunque enim possessor est, plus iuris habet quam ille, qui non possidet.

ll) L. 1 § 9 D. eod.: — ut si quis possidet vi, aut clam, aut precario, si quidem ab alio, prosit ei possessio, si vero ab adversario suo, non debeat eum propter hoc, quod ab eo possidet, vincere. has enim possessiones non debere proficere palam est.

a) L. 3 § 1 D. de adquir. poss. (41, 2): — apiscimur possessionem corpore et animo, neque per se animo, aut per se corpore —. L. 1 § 3 L. 3 § 3 L. 41 eod.

meinem Verschluß habe, daß ich das Grundstück betrete u. s. f. Aber dieß sind nur verschiedene Formen desselben Zustandes, im wesentlichen ist das Corpus, d. h. jenes Verhältniß physischer Gewalt, immer dasselbe. In Beziehung auf dieses erste Moment giebt es nicht verschiedene Arten des Besitzes.

Dagegen kann die factische Gewalt selbst einen verschiedenen Charakter annehmen nach der Verschiedenheit des animus, mit welchem ich eine Sache habe, des factischen Willens, der zu jedem Besitz gehört.

Zuerst bietet sich uns der Fall dar, daß der Wille des Besitzers dem körperlichen Verhältniß vollkommen entspricht. Dieses ergreift stets die Totalität der Sache, es besteht in ihrer vollständigen Unterwerfung, indem es die Möglichkeit gewährt, über sie beliebig mit Ausschließung Anderer davon zu verfügen. Der Wille entspricht ihr, wenn er auf diese totale Macht über die Sache, wenn er darauf gerichtet ist, die Sache völlig für sich zu haben. Es ist der auf die volle Herrschaft über die Sache gerichtete Wille, er läßt sich daher mit dem eines Eigenthümers vergleichen, und darum wird er von Theophilus sehr passend ψυχὴ δεσπόζοντος genannt.[b]) Diese Bezeichnung wird von unsern Juristen in dem Ausdruck animus domini für jenen totalen Willen nachgeahmt, nicht unpassend, nur darf man dabei weder an die Meinung, noch an den Willen, Eigenthümer zu sein, denken, noch selbst an den Willen, als Eigenthümer zu gelten, denn es ist möglich, daß ich mit jenem Willen besitze, ohne irgend einen rechtlichen Grund (also auch nicht den, daß ich Eigenthümer sei) dafür anzugeben; mit andern Worten: der Wille, von dem wir hier reden, ist auf die totale factische Herrschaft gerichtet, nicht nothwendig auf die totale rechtliche (das Eigenthum). Soll also der Ausdruck animus domini, um eine kurze Bezeichnung des Begriffs zu haben, zulässig sein, so muß man sich darunter lediglich den auf die factische Gewalt gerichteten Willen vorstellen, wie ihn ein Eigenthümer, wenn er seine Sache besitzt, haben wird, also den factischen (nicht den auf das Eigenthum gerichteten) Willen eines Eigenthümers. Nur in diesem Sinn können wir z. B. dem Dieb den animus domini zuschreiben, nicht in dem Sinn, daß er der auf das Eigenthum gerichtete Wille wäre, denn diesen kann der Dieb nicht haben, wenn er nicht verrückt ist.

Es läßt sich aber auch denken, daß jemand eine Sache ohne diesen totalen Willen besitzt, daß seine Absicht nicht auf eine so vollständige Zueignung der Sache geht, sein Wille also hinter der Totalität des körperlichen Verhältnisses zurückbleibt. Dieß ist der Fall, wenn jemand die Sache nur für einen beschränkten, partiellen Zweck besitzt. Der partielle Gebrauch indessen reicht allein nicht hin, um diese Beschränkung des Animus erkennbar zu machen, denn auch bei einem totalen Willen kann der Besitzer willkürlich sich für jetzt auf eine partielle Verfügung über die Sache beschränken, wie ja auch der Eigenthümer nicht immer alle Seiten, welche die Sache der Benutzung anbietet, wirklich und factisch in Anspruch nimmt. Jene Beschränkung des Willens wird sich nur dann mit Sicherheit darstellen, wenn die Lücke, die sie läßt, von dem Willen eines Andern eingenommen wird, durch dessen Existenz der Wille des Erstern

---

b) Theophil. paraphr. instit. II 9, 4. III 29, 2. In den Ueberresten der alten juristischen Literatur finden wir keinen entsprechenden Ausdruck für diesen Willen, denn animus possidendi, affectio tenendi etc. sind Worte, welche die Richtung des Willens auf die factische Unterwerfung der Sache überhaupt bezeichnen (Note a). Doch enthält der Ausdruck *habere* possidere L. 49 § 1 D. de adquir. poss. (41, 2) vgl. L. 188 pr. D. de V. S. (50, 16) eine Hindeutung darauf. Es ist übrigens nicht wahrscheinlich, daß Theophilus von selbst auf jenen Ausdruck gekommen ist.

begrenzt ist. Der Besitz ohne den totalen Willen wird dann anzunehmen sein, wenn der Besitzer den Besitz mit dem animus domini bei einem Andern anerkennt, dessen Besitz er nur für gewisse besondere Zwecke ausübt, so daß er alieno nomine besitzt. Auf diese Weise besitzt der Procurator, der vermöge Auftrags einen fremden Besitz ausübt, der Pächter, der den ihm eingeräumten Besitz zum Zweck der ihm überlassenen Benutzung im Namen des Verpächters hat, der Usufructuar, der eben so den Eigenthümer als totalen Besitzer der Sache anerkennt, der Commodatar, der Depositar u. s. f.

So haben wir zwei Arten des Besitzes zu unterscheiden: 1) den Besitz mit dem animus domini; 2) den Besitz mit einem beschränkten animus, ein solcher ist stets der Besitz in fremdem Namen.

Sehen wir nun von hier aus zurück auf den Schutz des Besitzes durch die possessorischen Interdicte (§ 225), wodurch der Besitz als ein Recht anerkannt wird, so finden wir, daß dieser Schutz und diese Eigenschaft nicht jedem Besitz, sondern nur dem Besitz mit dem animus domini zukommt.[c]) Und in der That, sagen die römischen Juristen, ist nur dieser Besitz eigentlich possessio zu nennen, wer in fremdem Namen besitzt, besitzt eigentlich nicht, da er nur einen fremden Besitz ausübt, und unterstützt.[d]) Auch die Ableitung des Besitzrechts aus dem Recht der Persönlichkeit führt uns auf dasselbe Resultat. Es ist die Persönlichkeit des Besitzers, die einen Schutz auch des factischen, in der Thatsache des Besitzes sich verkörpernden Willens erheischt, aber doch nur, wenn der Wille das körperliche Verhältniß deckt, also dieselbe Totalität hat, wie dieses. Wer eine Sache ohne den animus domini innehat, dessen Wille füllt den Körper des Besitzes nicht aus, und giebt ihm daher auch für sich keinen rechtlichen Gehalt.

Dieser Besitz mit dem animus domini also ist es, der ein Recht ist, wir nennen ihn daher den juristischen Besitz, oder von dem Schutz, durch den er dieses ist, den Interdictenbesitz; die Römer, wie bemerkt, nennen ihn schlechtweg possessio. Den Besitz dagegen, der keinen Anspruch auf die Interdicte giebt, und der denn auch nur das körperliche Verhältniß mit jenem gemein hat, das Innehaben der Sache, nennen wir natürlichen Besitz, bloße Detention. Die Römer gebrauchen dafür die Ausdrücke; tenere, corporaliter tenere, in possessione esse,[e]) auch naturalis possessio, insofern mit dem Wort naturalis der Sinn von corporalis, die Hindeutung auf das körperliche Verhältniß sich verbindet, welches auch bei der Detention ebenso wie bei der possessio sich findet.[f])

Wir sind bisher, auch mit der Aufstellung eines juristischen Besitzes in der Thatsache des Besitzes selbst noch nicht über das rein Factische hinausgegangen. Der juristische Besitz hat rechtliche Wirkungen, die Interdicte, aber seine Elemente sind etwas rein Factisches, auch von dem animus domini, der ihn von dem natürlichen Besitz unterscheidet, gilt dieß. Der besitzende Dieb hat diesen animus eben so gut als der besitzende Eigenthümer. Dieß läßt sich

---

c) Für diesen Satz brauchen einzelne Stellen nicht angeführt zu werden, er ist in den Titeln, die von dem Besitz und den possessorischen Interdicten handeln, in vielfältigen Anwendungen ausgesprochen. Für Ein Interdict, das interdictum de vi, läugnen ihn einige unsrer Juristen, indem sie es auch dem Besitzer in fremdem Namen geben wollen; dieß ist ein entschiedener Irrthum. Vgl. darüber Savigny R. des B. S. 175 ff. 510 ff.

d) L. 18 pr. D. de adquir. poss. (41, 2): — nec idem est possidere et alieno nomine possidere; nam possidet, cuius nomine possidetur; procurator alienae possessioni praestat ministerium.

e) L. 10 § 1 L. 24. 49 § 1 D. de adqu. poss. (41, 2) L. 9 D. de R. V. (6, 1).

f) L. 3 § 3 D. de adqu. poss. (41, 2).

auch ſo ausdrücken: der juriſtiſche Beſitz, das Recht des Beſitzes, iſt unabhängig von dem Recht zu beſitzen, d. h. dem den Inhalt eines andern Rechts (z. B. des Eigenthums, einer Forderung ꝛc.) bildenden rechtlichen Anſpruch, den Beſitz zu haben (wenn man wirklich ſchon beſitzt) oder ihn zu bekommen (wo alſo das Recht zu beſitzen von dem Recht des Beſitzes getrennt iſt). Man hat die poſſeſſoriſchen Interdicte nicht, weil man das Recht hat zu beſitzen (wie dieß bei den interdicta adipiscendae possessionis der Fall iſt, welche eben darum nicht possessionis, ſondern proprietatis causam haben), ſondern weil man beſitzt.[g]) Ob mit einem vorhandenen Beſitz auch das Recht zu beſitzen ſich verbindet, das hängt von der causa possessionis ab, dem rechtlichen Grund, auf dem der animus possidendi, bei dem juriſtiſchen Beſitz alſo der animus domini beruht. Dieſe causa (der Titel des Beſitzes, wie ſie auch heißt) wird mit: pro — bezeichnet: wer als Grund ſeines Beſitzes das Eigenthum angiebt, alſo eine Eigenthumserwerbsart anführt, der zu Folge er dann auch in den Beſitz gekommen ſei, beſitzt pro suo, und wenn dieſe Eigenthumserwerbung auf einem beſonderen Rechtsgeſchäft oder Rechtsverhältniß, z. B. Kauf, Schenkung, Legat, Dos, Erbrecht, beruht, wird dieſes genannt: Beſitz pro emtore, pro donato, pro legato, pro dote, pro herede. Iſt der angeblichen Eigenthumserwerbung kein ſolches Rechtsverhältniß vorausgegangen, wie dieß z. B. bei der Occupation einer herrenloſen Sache der Fall iſt, ſo wird bloß jener allgemeine Ausdruck: possessio pro suo gebraucht.[h]) Den Mangel einer ſolchen Cauſa bezeichnen die Römer in derſelben Form, indem ſie ſagen: der Beſitzer beſitzt, weil er beſitzt, pro possessore possidet.[i]) Die causa possessionis iſt eine rechtliche Thatſache, und ihre Beſtimmung hängt daher nicht von dem Willen des Beſitzers ab, ſo daß alſo, wer z. B. pro donato beſitzt, ſich nicht nach Gefallen eine andere Cauſa, die ihm vielleicht vortheilhafter wäre, wählen kann: nemo sibi ipse causam possessionis mutare potest, nämlich ohne daß wirklich eine neue rechtliche Thatſache eintritt, wie dieß z. B. der Fall wäre, wenn er die ihm (vielleicht unwirkſam) geſchenkte Sache nachher wirklich kaufte.[k])

Die causa possessionis iſt kein Element des Interdictenbeſitzes (Note g): daß es für billig gefunden worden iſt, den iniustus possessor gegenüber dem, von welchem er iniuste beſitzt, nicht als Beſitzer gelten zu laſſen, macht keine Ausnahme, denn es liegt darin keineswegs die Forderung, daß er (auch nur in dieſem relativen Verhältniß) eine iusta causa haben müſſe. Dagegen bildet ſie ein wichtiges Moment bei einer andern Wirkung des Beſitzes, der nämlich, daß er durch ſeine Fortſetzung eine beſtimmte Zeit hindurch zum Eigenthum an der beſeſſenen Sache führt: der Uſucapion (§ 239). Die possessio ad usucapionem hat außer den Erforderniſſen des Interdictenbeſitzes noch das, daß ſie eine possessio pro suo ſein, daß ſie mit einer iusta causa (iustus titulus) und der Ueberzeugung, Eigenthümer dadurch geworden zu ſein (bona fides), angefangen haben muß, überdieß an einer uſucapionsfähigen Sache. Der Uſucapionsbeſitzer hat natürlich auch die poſſeſſoriſchen Interdicte, aber nicht als Uſucapionsbeſitzer, ſondern als possessor ſchlechtweg. Dagegen hat

---

g) Daher: in summa possessionis non multum interest, iuste quis an iniuste possideat — L. 3 § 5 D. de adquir. poss. (41, 2), vgl. § 225 Note kk.

h) L. 1. 2 D. pro suo (41, 10) L. 3 § 21 D. de adqu. poss. (41, 2).

i) Pro possessore possidet praedo, qui interrogatus, cur possideat, responsurus sit, quia possideo, — nec ullam causam possessionis possit dicere, wie der Dieb und Räuber L. 11 § 1 L. 12. 13 pr. D. de H. P. (5, 3).

k) L. 3 § 19 L. 19 § 1 D. de adqu. poss. (41, 2) L. 33 § 1 D. de usurp. (41, 3).

er als Usucapionsbesitzer ein anderes Rechtsmittel, die publiciana in rem actio, in der er als Eigenthümer fingirt wird (§ 233). Dieser Besitz tritt durch seine rechtliche Begründung und durch seine Wirkung aus der Sphäre des reinen Besitzes heraus an die Seite des Eigenthums: in seiner Function als Grund jener Klage können wir ihn sogar selbst eine Art von Eigenthum nennen.[l])

CCXXVII. Ueber den Ursprung des juristischen Besitzes und seines Schutzes hat Niebuhr die Vermuthung aufgestellt, er sei in den Verhältnissen bei dem ager publicus zu suchen.[a]) Diese Staatsländereien wurden größtentheils einzelnen Bürgern zu Genuß und Besitz überlassen, so daß der Staat Eigenthümer blieb, und von den possessores eine Abgabe erhielt, solche Ländereien wurden daher selbst possessiones genannt.[b]) Die Form der Ueberlassung war in der ältesten Zeit, als noch die Patricier ausschließlich zu diesem Genuß berechtigt waren, die Occupatio auf Concession des Staats, später pflegten ihn die Censoren durch locatio zu vergeben. Diese possessores seien, glaubt man, durch die possessorischen Interdicte geschützt worden, von dieser ursprünglichen Anwendung aus seien sie dann später auf Privatgrundstücke, ja zum Theil sogar auf bewegliche Sachen ausgedehnt worden. Diese Hypothese beruht auf keinem andern Grund als dem Wort possessio; jener Besitz am ager publicus, und der Besitz, für den die Anwendung der possessorischen Interdicte allein beglaubigt ist, sind so wesentlich verschiedene Dinge, als sie

---

l) Bei den Römern kommt der Ausdruck possessio civilis, civiliter (oder iure civili) possidere für eine Art des Besitzes vor. (Nicht immer übrigens soll das Wort eine Art des Besitzes bezeichnen; so heißt iure civili non possidere, civiliter possidere non posse in L. 38 § 7 D. de V. O. 45, 1 eine Ausschließung des Besitzes aus Gründen, die im ius civile liegen.) Nach dem sonstigen Sprachgebrauch der Römer (wie z. B. civilis obligatio, civilis cognatio) kann es kaum zweifelhaft sein, daß darunter ein civilrechtlich wirksamer, also gerade der Usucapionsbesitz verstanden wird. Dieß wird denn auch durch einige unzweideutige Anwendungen bestätigt. So wird von der vom Manne beschenkten Ehefrau gesagt, sie besitze nicht iure civili L. 26 pr. D. de don. inter vir. (24, 1), sie hat nämlich keinen Usucapionsbesitz, weil die Schenkung ungültig ist L. 1 § 2 D. pro don. (41, 6), während sie den Interdictenbesitz hat L. 1 § 4 D. de adqu. poss. (41, 2) L. 1 § 9. 10 D. de vi (43, 16). Vgl. Savigny R. des B. § 7. 10. Die früher gewöhnliche Meinung war: das Beiwort civilis gehe auf die Interdicte, also sei Civilbesitz jeder einfache Interdictenbesitz. Von dieser Meinung können sich noch bis auf den heutigen Tag manche Juristen nicht trennen (gegen einen neueren Versuch ihrer Begründung s. Puchta de civili possessione disp. 1839). Es fehlt auch nicht an Solchen, die beides für richtig halten, indem sie glauben, zuweilen wenigstens heiße schon der einfache Interdictenbesitz civilis possessio. Dieß soll hervorgehen aus L. 2 § 1 D. pro herede (41, 5), wo gesagt wird: die Regel, causam possessionis neminem sibi mutare posse, gehe (in Beziehung auf die usucapio pro herede) nicht bloß auf die civilis, sondern auch auf die naturalis possessio. Unter der letzten versteht der Jurist hier die Detention, also, glaubt man, versteht er unter der ersten ihren reinen Gegensatz: die possessio schlechtweg, den Interdictenbesitz. Dieß ist nicht richtig. Der Jurist sieht hier von dem reinen Interdictenbesitz ganz ab, weil er von der causa possessionis spricht, diese aber bei der reinen possessio nicht in Frage kommt. Daraus erklärt sich auch umgekehrt, warum hier unter naturalis possessio im Gegensatz zur civilis bloß die Detention gemeint ist, während sonst naturalis in diesem Gegensatz alles bedeutet, was nicht civilis ist, also auch den reinen Interdictenbesitz. Dieser heißt eben, insofern er kein Civilbesitz ist und also diesem gegenüber gestellt wird, naturalis possessio.

a) Niebuhr röm. Gesch. II 2. Ausg. S. 161 ff. Weiter ausgebildet haben diese Hypothese, in verschiedener Richtung, Savigny R. des B. § 12 a, und Huschke über die Stelle des Varro ꝛc. Zugabe über Festus v. possessiones und possessio S. 75 ff.

b) Festus v. possessiones. Auf diesen vulgären Sprachgebrauch bezieht sich die Definition des Gallus Aelius: possessio est usus quidem agri aut aedificii, non ipse fundus aut ager Festus v. possessio.

nur bei dem gemeinschaftlichen Merkmal: Verhältniß zu Sachen, das nicht Eigenthum ist, — sein können. Jener Besitz beruht auf einem rechtmäßigen Grund, der Verleihung durch den Staat, dieser, der Interdictenbesitz ist von der causa unabhängig. Nirgends kommt denn auch eine Hindeutung auf Zusammenhang der possessorischen Interdicte mit dem Ager publicus vor, dagegen finden wir für diesen ein ganz anderes Interdict, kein possessorisches, welches zum Schutz seines Besitzers eingeführt ist, das interdictum de loco publico fruendo.[c]) Dieß reicht allein schon hin, jene Hypothese unhaltbar zu machen.

Die Frage nach dem historischen Ursprung des Besitzrechts kann nur den Sinn haben: welches war die Veranlassung, daß in dem römischen Bewußtsein die Anforderung der Persönlichkeit, schon den factischen Willen des Rechtsfähigen, der sich in der Unterwerfung einer Sache manifestirt, unabhängig vom Eigenthum und selbständig gegen dasselbe eine Anerkennung finden zu lassen, zum Durchbruch kam? Es handelt sich dabei also nicht um die Fälle, wo der Besitz ein Ersatz des bei gewissen Sachen oder für gewisse Personen unstatthaften quiritischen Rechts war, also nicht von der possessio am ager publicus, und von dem Eigenthumsbesitz der Peregrinen; es müssen Fälle sein, wo auch das Eigenthum möglich ist, denn nur unter dieser Voraussetzung kann von einer Selbständigkeit des Besitzes gegenüber demselben die Rede sein. Ferner nicht um den Usucapionsbesitz handelt es sich, denn dieser ist kein rein factischer Zustand, und steht daher nicht dem Eigenthum als ein wesentlich verschiedenes Verhältniß gegenüber, er schließt sich ihm vielmehr an. Zu einem Schutz aber des reinen Besitzes gab es eine Veranlassung, die bis in die ältesten Zeiten, von denen wir Kunde haben, hinaufreicht, die Entscheidung über die Parteirolle und über den Besitz bis zu entschiedener Sache bei dem Eigenthumsstreit.*) Hier trat der Besitz gegenüber dem noch unentschiedenen Eigenthum als etwas selbständiges in das Bewußtsein, von hier aus bildeten sich später die interdicta retinendae possessionis, aus denen dann auch die interdicta recuperandae possessionis hervorgingen, mit den besonderen Veranlassungen, die oben erwähnt worden sind (§ 225). Dieß ist der natürliche Ausgangspunkt, von welchem aus das ganze Recht des Besitzes in gleichmäßigem Wachsthum und ohne Sprünge sich entfalten konnte, warum sollen wir einen anderen suchen? die ganze Besitztheorie hält sich in natürlichen Anschauungen, warum sollten wir uns nach einer künstlichen Geschichte für sie umthun?[d])

---

c) „Quo minus loco publico, quem is, cui locandi ius fuerit, fruendum alicui locavit, ei qui conduxit, sociove eius e lege locationis frui liceat, vim fieri veto" L. 1 pr. D. de loco publ. fr. (43, 9). [Lex iulia municipalis Zeile 73. 76. R.]

*) [Vgl. aber Bd. I § 162 v.]

d) [Eine vermittelnde Meinung ist von Rudorff Zeitschrift für gesch. Rechtswiss. XI Num. 12 S. 338 aufgestellt worden: 1) die possessorischen Interdicte wurden auch angewendet auf die Possessio am Ager publicus Cic. agr. III 2. 3; 2) das int. de loco publico fruendo bezog sich nach L. 1 § 1 D. de loco publ. fr. (43, 9) vgl. § 245 Note l und m, auf das Vectigal, dessen Genuß die Censoren an Publicanensocietäten verpachteten, so daß hier zweierlei Interdicte neben einander bestanden: eins auf frui licere e lege locationis für die decumani, daneben die possessorischen für die aratores; 3) das Interdict mittite ambo hominem bei den Vindicien ist von den Interdicten gegen Thätlichkeiten — Cic. Caec. 12 praetor — aut vim *fieri* vetat, aut restitui *factam* iubet. Festus: Vindiciae appellantur — quod potius *dicitur* vis quam *fit* — zu unterscheiden; 4) die Interdicte sind demnach als absolute, vermöge des Imperium erlassene Verbote der Gewalt gegenüber der Ausübung des Eigenthums aufzufassen und ihr Gebrauch bei dem Staatseigenthum, sowie der zufällige vor der Vindication (L. 1 § 3 D. uti poss. 43, 17) nicht als Ausgangspunkte, sondern nur als besonders hervorragende Anwendungen zu behandeln. R.]

Erwerb und Verlust des Besitzes.

CCXXVIII. Der Erwerb des Besitzes besteht in einer Hervorbringung der beiden Elemente, die ihn bilden: des corpus und des animus (§ 226 a. A.) in einer Person. Der Besitz ist erworben, wenn die Person in das körperliche Verhältniß zur Sache gekommen, und auch ihr Wille auf den Besitz gerichtet ist (§ 226 Note a). Die Erwerbung fordert

1) von Seiten des corpus die gegenwärtige Möglichkeit ausschließlicher Einwirkung auf die Sache, denn dieß ist das körperliche Verhältniß, das die natürliche Gewalt über die Sache bedingt. Diese Möglichkeit kann durch verschiedene körperliche Zustände vermittelt werden, es kommt nur auf jenes Resultat an, die Mittel, zu demselben zu gelangen, sind für den Besitzerwerb gleichgültig. Als nächstes Mittel bietet sich dar: bei Grundstücken das Betreten, bei beweglichen Sachen das Ergreifen mit der Hand,[a]) aber diese körperliche Berührung ist nicht nothwendig, da sie nicht das ausschließliche Mittel ist, die körperliche Gewalt zu erlangen.[b]) Die Sache kann in meine Gewalt kommen, ohne daß ich sie berühre, so dadurch, daß sie unter meiner Obhut ist, z. B. unter meinem Verschluß, in meinem Haus, oder ich befinde mich ihr zur Seite, und dadurch in der Lage, fremde Einwirkung abzuhalten. Daher, wenn ich eine Sache, die mir übergeben werden soll, in mein Haus bringen heiße, bin ich in dem Augenblick des Vollzugs dieser Weisung Besitzer geworden, ebenso wenn mir der Schlüssel zu dem Behältniß der Sache überliefert wird, vorausgesetzt, daß dieß bei dem Behältniß geschieht, denn außerdem würde der bloße Besitz des Schlüssels einen Andern nicht verhindern, mir durch Erbrechung ꝛc. des Behältnisses zuvorzukommen, ferner wenn mir das Grundstück von dem bisherigen Besitzer gezeigt wird, mit der Erklärung, daß er den Besitz an mich abtrete, so habe ich den Besitz erworben, ohne es noch betreten zu haben.[c]) Umgekehrt ist die bloße Berührung nicht immer hinreichend, uns in jenes körperliche Verhältniß zu versetzen, z. B. das Betreten eines Grundstücks, das im Besitz eines Andern ist, der mich vielleicht, so wie er mich bemerkt, herauswirft.

Den Act, wodurch das körperliche Verhältniß zur Sache hervorgebracht wird, nennt man Apprehension des Besitzes. Sie kann durch den bisherigen Besitzer vermittelt werden, indem er seinen Besitz aufgiebt und damit die Apprehension des Besitzes durch den Erwerber gestattet und möglich macht; diese Handlung, die von der einen Seite in einer Ueberlassung, von der andern in einer Ergreifung des Besitzes als eines überlassenen besteht, heißt Tradition. Wo die Erwerbung des Besitzes ohne solche Mitwirkung eines bisherigen Besitzers geschieht, heißt sie Occupation. Die Tradition enthält nicht etwa eine Succession in den Besitz, eine solche giebt es nicht, die factische Natur des Besitzes schließt sie aus. Der Besitz des Empfängers ist nicht der des Tradenten, sondern ein neuer, so gut als bei der Occupation. Allerdings liegt eine Succession in der Tradition, aber diese betrifft nicht den Besitz selbst, sondern das Recht, welches sein Begleiter sein kann, so das Eigenthum, welches mit dem Besitz übergeht.

---

a) L. 3 § 1 D. de adquirenda vel amittenda possessione (41, 2).

b) L. 1 § 21 L. 51 D. eod.

c) L. 18 § 2 D. eod. L. 74 D. de contr. emt. (18, 1). Eine auf solche Art ohne körperliche Berührung in Empfang genommene Sache wird in L. 79 D. de solut. (46, 3): quodammodo manu longa tradita genannt.

2) Von Seiten des animus ist der entschiedene auf die Sache und ihre Aneignung gerichtete Wille erforderlich. Wenn nun dieser animus sich durch die Apprehension gleichsam verkörpert, so ist der Besitz erworben. In der Regel wird der Wille der Apprehension vorhergehen, es ist aber auch das umgekehrte Verhältniß möglich. So wenn jemand die Detention der Sache schon hat, wird der Besitz erworben, so wie der Wille hinzukommt; man kann dieß in einem gewissen Sinn so bezeichnen, es werde solo animo der Besitz erworben.[d]) Nur muß das Hinzutreten des Willens erkennbar sein, was irgend einen äußeren Act, der ihn ausdrückt, voraussetzt; dieser Act kann ein Rechtsgeschäft sein, kraft dessen der Detinirende den animus domini annimmt. Darauf beruht der Besitzerwerb durch das Rechtsgeschäft, welches man brevi manu traditio genannt hat: eine Uebereinkunft zwischen dem bisherigen juristischen und natürlichen Besitzer, nach welcher dieser im Namen jenes zu besitzen aufhören und von nun an in eignem Namen besitzen soll; einer neuen Apprehension bedarf es nicht mehr von Seiten des letzteren, da er das, was er dadurch zu erlangen hätte, die körperliche Macht, schon hat.[e])

Da der Besitz in der Verbindung des corpus und des animus besteht, so muß er verloren werden, so wie eines dieser Elemente wegfällt und dadurch ihre Verbindung zerstört wird. Er kann weder als bloßes corpus, noch als bloßer animus fortdauern, denn keines von beiden ist für sich der Besitz.[f]) Würde indessen zur Fortsetzung des Besitzes die Fortdauer dieser beiden Elemente in der Art gefordert, wie sie bei der Erwerbung gestaltet sein müssen, so wäre eine Dauer des Besitzes unmöglich, wir würden z. B. den Besitz in dem Augenblick verlieren, wo eine Sache uns aus den Gedanken kommt, unser factischer Wille also nicht auf sie gerichtet ist; dadurch würde der Besitz aufhören, ein praktisches Institut zu sein. Darum ist festgesetzt, daß zu dem Verlust des Besitzes ein neuer Act gehört, durch den in Beziehung auf corpus oder animus das Gegentheil von dem Zustand eintritt, der in beiderlei Hinsicht beim Erwerb erforderlich ist: corpus oder animus in contrarium actus.[g]) Animo wird der Besitz verloren, nicht schon durch die Nichtexistenz des animus possidendi, daher der Besitzer, welcher wahnsinnig wird, den Besitz behält, sondern durch den Willen, den Besitz aufzugeben, den animus non possidendi, daher ein Wahnsinniger nicht animo den Besitz verlieren kann. Durch diesen animus non possidendi aber geht der Besitz verloren, wenngleich das corpus fortdauert.[h]) So kann dadurch der juristische Besitz in einen natürlichen verwandelt werden, z. B. wenn ich das von mir besessene Grundstück verkaufe, aber in Pacht behalte, wodurch ich den animus domini aufgebe und fortan in fremdem Namen besitze.[i]) Corpore wird der Besitz verloren, nicht schon dadurch, daß die gegenwärtige Möglichkeit auf die Sache einzuwirken wegfällt, also nicht schon durch die Entfernung des

---

d) L. 3 § 3 D. de adquir. poss. (41, 2): — solo animo non posse nos adquirere possessionem, si non antecedat naturalis possessio —.

e) L. 9 § 5 D. de adqu. dom. (41, 1) L. 9 § 9 D. de reb. cred. (12, 1).

f) L. 3 § 6 L. 29. 44 § 2 D. de adqu. poss. (41, 2).

g) L. 8 eod. L. 153 D. de R. I. (50, 17): Fere quibuscunque modis obligamur, iisdem in contrarium actis liberamur, cum, quibus modis adquirimus, iisdem in contrarium actis amittimus. Ut igitur nulla possessio adquiri nisi animo et corpore potest, ita nulla amittitur, nisi in qua utrumque in contrarium actum. Daß dieß nicht heißen kann, es müsse beides zugleich weggefallen sein, ist gewiß; es liegt aber auch nicht in den Worten, da dem Zusammenhang gemäß der Nachdruck nicht auf dem utrumque ruht. [Vgl. Leist über die Wechselbeziehung zwischen dem Rechtsbegründungs- und dem Rechtsaufhebungsacte 1876. S. 30 ff.]

h) L. 17 § 1 D. de adqu. poss. (41, 2). *i*) L. 18 pr. D. eod.

Besitzers von der Sache, sondern erst wenn ihm die Möglichkeit der beliebigen Herstellung jenes Zustandes entzogen ist, sei es, indem ein Anderer sich der Sache bemächtigt, oder die Sache selbst sich dem Bereich seiner Gewalt entzogen hat, oder verloren gegangen ist, so daß sie nicht mehr gefunden werden kann.

So lange nicht eines dieser Ereignisse eingetreten ist, wird der Besitz fortgesetzt. Daher ist der Besitz corpore nicht verloren, so lange die Sache noch in unserer Custodia ist, wenn sie gleich vielleicht nicht sofort aufgefunden werden kann, hier dauert das corpus sogar ganz in seiner ursprünglichen Gestalt fort.[k]) An wilden Thieren dauert der Besitz, so lange ihre natürliche Freiheit durch eine äußere Anstalt (Gefangenschaft) oder durch eine Einwirkung auf ihre Seele (Zähmung) unterdrückt ist, an gezähmten aus- und einfliegenden Vögeln und Bienen, so lange sie die consuetudo revertendi haben.[l]) Den Besitz von Grundstücken setzen wir auch in der Entfernung von ihnen fort, als gewissermaßen solo animo.[m]) Dieß hat weiter auf den Satz geführt, daß der Besitz eines Grundstücks, weil er animo retinirt wird, auch nicht mit der bloßen Entziehung des corpus durch einen Andern (wodurch der Besitz beweglicher Sachen stets aufgehoben wird) verloren gehen soll, erst die hinzukommende Einwirkung auf das Bewußtsein des Besitzers soll diese Folge haben. Wenn daher ein Anderer des Grundstücks sich bemächtigt, dessen Besitz der Besitzer animo fortsetzt, so hat dieser den Besitz erst verloren, wenn er die fremde Apprehension erfährt und sich außer Stand sieht, den Eindringling zu entfernen.[n])

Der Besitz kann auch durch Repräsentanten fortgesetzt werden, die im Namen des Besitzers die Detention haben: Sclaven, Söhne, Procuratoren, Pächter u. s. f. Ein Sclave, wie der Herr durch ihn andere Sachen besitzt, weshalb er auch durch einen Diebstahl an dem Herrn diesem den Besitz nicht entzieht, besitzt sich auch gleichsam selbst für den Herrn, daher der Besitz an einem fugitivus servus (anders bei flüchtigen Thieren) fortdauert, bis sich ein Anderer desselben bemächtigt.[o])

Von der Möglichkeit der Fortsetzung des Besitzes durch Stellvertreter, die wohl stets angenommen worden ist, da kein Grund war, diese Anstalt, uns die factische Gewalt zu bewahren, im allgemeinen für weniger wirksam zu achten, als andere z. B. die Custodia durch Verschluß der Sache, — war ein nicht unbedeutender Schritt zu der Möglichkeit, den Besitz durch Repräsentanten zu erwerben.

Zuerst ist dieser Erwerb angenommen worden durch Sclaven, vorausgesetzt, daß wir sie besitzen, der Besitz an dem Sclaven soll den Besitz an den Sachen, deren der Sclave sich bemächtigt, nach sich ziehen.[p]) Das bloße Recht der Potestas ist also zum Besitzerwerb nicht hinreichend, und consequent müßte es für diesen gleichgültig sein, ob der Besitzer des Sclaven Eigenthümer ist oder nicht. Aber es hat hier der Umstand einen Einfluß gehabt, daß der Besitz

---

k) L. 3 § 13 pr. D. eod.
l) L. 3 § 14—16 D. eod.
m) L. 3 § 11 D. eod.
n) L. 25 § 2 L. 46 D. eod. L. 3 § 7. S L. 6 § 1 L. 7 eod.
o) L. 1 § 14 L. 13 pr. 15. 47 D. eod.
p) L. 15. 50 § 1 D. eod. Durch die Entstehung des Processes über die Freiheit wird Besitz und Erwerb suspendirt, die Beurtheilung dieses provisorischen Zustandes hängt von dem Ausgang des Rechtsstreits ab L. 25 § 2 D. de lib. causa (40, 12 L. 3 § 10 D. de adqu. poss. (41, 2). S. oben § 221.

ein Recht ist; darum ist jener Besitzerwerb durch den Sclaven unbeschränkt allein dem besitzenden Eigenthümer zuerkannt worden, dem Besitzer eines fremden Sclaven nur, wenn er bonae fidei possessor ist, und auch hier nur, wenn der Sclave entweder mittelst des Vermögens des Besitzers, ex re eius, z. B. durch Kauf mit dessen Geld, oder durch seine eigenen Kräfte, ex operis servi, erwirbt, worauf überhaupt der Erwerb des bonae fidei possessor beschränkt ist.[q]) Auf dieselbe Weise ist der Erwerb von Rechten durch den Sclaven für den beschränkt, der den Ususfructus an ihm hat; ob dieser aber in solchen Fällen auch den Besitz durch den Sclaven erwerben könne, war nach dem Princip, von dem dieser Erwerb abhängt, zu verneinen, denn der Usufructuarius hat nicht die possessio des Sclaven.[r]) Man gab indessen dem Bedürfniß nach, und ließ den Erwerb des Besitzers zu, um die Vortheile des Nießbrauchs nicht unnöthig zu schmälern.[s])

Personen, die in unserer patria potestas, manus oder mancipium sind, besitzen wir nicht; wir erwerben Rechte durch sie, aber streng genommen nicht den Besitz. Auch hier jedoch ist man über jene Consequenz aus demselben Grund hinausgegangen, am frühsten bei der patria potestas.[t])

Wie es nun endlich auch dazu gekommen ist, daß der Besitzerwerb durch freie Mittelspersonen (die es durch Auftrag oder Amt sind) zugelassen ward, ist schon an einem andern Ort (§ 203) dargestellt worden. Es ist nur übrig, die Art und Weise dieses Erwerbs selbst näher anzugeben; diese aber beruht auf zwei Punkten: auf dem, was von Seiten des Repräsentanten, und dem, was von Seiten des Erwerbers erforderlich ist.

Die körperliche Seite der Besitzerwerbung, die Apprehension, fällt ganz auf die Person des Repräsentanten; indem wir durch Repräsentanten erwerben, erwerben wir corpore alieno den Besitz. Die Apprehension schließt auch einen auf die Sache gerichteten Willen in sich,[u]) aber der Wille des Repräsentanten muß darauf gerichtet sein, dem von ihm Repräsentirten zu erwerben, will er für sich oder für einen Dritten erwerben, so wird jener nicht Besitzer.[v]) Dieß gilt nicht bloß von freien, sondern auch von unfreien Repräsentanten.[w]) Nur schadet bei den letzteren nicht die Absicht, selbst Besitzer zu werden, sofern sie bei ihnen ohne Wirkung ist.[x])

Der Erwerber muß den Willen haben, Besitzer zu werden, in dem animus

---

q) Gai. II 94 § 4 I. per quas pers. adqu. (2, 9) L. 1 § 6 D. de adqu. poss. (41, 2) L. 21 pr. D. de adqu. dom. (41, 1). Dasselbe gilt von dem b. f. possessor eines freien Menschen, s. d. angef. Stellen.

r) Gaius a. a. O. erwähnt diesen Punkt als einen controversen.

s) L. 1 § 8 L. 49 pr. D. de adqu. poss. (41, 2). In der letzten Stelle giebt Papinian auch den Grund an: der Usufructuar sei doch wenigstens Detentor des Sclaven (dieser Grund ist nicht entscheidend) und — plurimum ex iure possessio mutuatur, d. i. der Umstand, daß der Besitz ein Recht ist, modificirt auch sonst in einzelnen Punkten die Consequenz aus seiner factischen Natur.

t) Gai. II 90 erwähnt den Besitzerwerb bei der manus und dem mancipium noch als streitig, bei der potestas (II 89) stellt er ihn als unzweifelhaft dar.

u) L. 1 § 9. 10 D. de adqu. poss. (41, 2): — si furiosum servum miseris, ut possideas, nequaquam videris apprehendisse possessionem.

v) Nur bei der Tradition ist eine Ausnahme: der Wille des Tradenten, dem Dominus den Besitz zu geben, kann die entgegengesetzte Absicht des Procurators erfolglos machen L. 13 D. de donat. (39, 5).

w) L. 1 § 19. 20 D. de aqu. poss. (41, 2).

x) Sonst hätte man nicht den Satz aufstellen können, daß man durch einen servus fugitivus Besitz erwerbe (Note o), denn ein solcher wird nie die Absicht haben, seinem Herrn, dem er entlaufen ist, etwas zu erwerben.

also findet keine Vertretung Statt.[y]) Dieser Wille drückt sich aus in dem Auftrag oder Befehl an den Repräsentanten, ja wenn der Herr oder Vater dem Sclaven oder Sohn ein Peculium gegeben hat, so reicht zu dem Besitzerwerb für dieses Peculium schon der allgemeine Wille hin, der in dessen Verleihung liegt. Der Repräsentirte braucht weder dort die Ausrichtung seines Auftrags oder Befehls erfahren zu haben, noch hier überhaupt von dem speciellen Erwerb etwas zu wissen; er wird Besitzer im Augenblick der Apprehension durch den Repräsentanten, insofern kann man sagen: ignoranti possessio adquiritur.[z]) Bei Vormündern gilt ihr Amt statt des Auftrags,[aa]) und juristischen Personen ist der Besitzerwerb ebenfalls dadurch möglich, daß ihre Repräsentanten den ihnen natürlich fehlenden animus possidendi ersetzen.[bb])

Die Möglichkeit des Besitzerwerbs durch freie Stellvertreter kann unter Umständen der Tradition eine einfachere Gestalt geben. Wenn der juristische Besitzer einem Andern den Besitz überliefern, aber in dem natürlichen Besitz, z. B. als Pächter des Empfängers, bleiben will, so braucht er die Sache nicht herauszugeben, um sie dann wieder zur Detention zurück zu erhalten; er hat tradirt, indem er erklärt, daß er von nun an im Namen jenes besitzen wolle. Er erwirbt für diesen als dessen Repräsentant den Besitz, nur nicht von einem Dritten, sondern von sich selbst.[cc])

Möglichkeit des Besitzes.

CCXXIX. Der Besitz ist für manche Personen und an manchen Sachen nicht möglich, theils aus Gründen, die in seiner factischen Natur liegen, theils darum, weil er in seiner an sich rein factischen Gestalt doch zugleich die Eigenschaft eines Rechts angenommen hat.[a])

Um seiner factischen Natur willen ist der Besitz ausgeschlossen

1) für alle Personen, die des natürlichen animus possidendi nicht fähig sind, also juristische Personen, Wahnsinnige und Kinder, denen der auf Aneignung gerichtete Wille noch nicht beigelegt werden kann.[b]) Die natürliche

---

y) Paul. V 2, 1: possessionem adquirimus et animo et corpore, animo utique nostro, corpore vel nostro vel alieno. Vgl. L. 3 § 12 D. de adqu. poss. (41, 2).

z) L. 13 pr. D. de adqu. dom. (41, 1) L. 1 § 5 L. 42 § 1 D. de adqu. poss. (41, 2). Nur ad usucapionem besitzt der Erwerber erst von der Zeit an, wo er die Apprehension in Erfahrung gebracht hat, wir usucapiren nicht ignorantes, die Erwerbung für ein Peculium macht aber auch hier eine Ausnahme L. 47 D. de usurp. (41, 3) L. 2 § 11 D. pro emt. (41, 4) L. 1 C. de adqu. poss. (7, 32).

aa) L. 1 § 20 D. de adqu. poss. (41, 2) L. 13 § 1 D. de adqu. dom. (41, 1).

bb) L. 1 § 22 L. 2 D. de adqu. poss. (41, 2).

cc) L. 18 pr. D. eod. L. 77 D. de R. V. (6, 1). Man pflegt diese Tradition constitutum possessorium zu nennen, der Vorgang ist dem bei der brevi manu traditio entgegengesetzt, bei dieser verwandelt sich der natürliche Besitzer in einen juristischen, bei jenem der juristische in einen natürlichen.

a) Diese Zwitternatur des Besitzes drücken folgende Sätze aus: eam enim rem (der Besitzerwerb) facti non iuris esse L. 1 § 3 D. de adqu. poss. (41, 2); possessio plurimum facti habet L. 19 D. ex qu. caus. mai. (4, 6); plurimum ex iure possessio mutuatur L. 49 pr. D. de adqu. poss.; possessio non tantum corporis, sed et iuris est L. 49 § 1 eod.; vgl. auch L. 29 eod.

b) L. 1 § 3 D. eod. Die Unfähigkeit der Kinder ist eine rein natürliche, die sich darauf gründet, daß sie, wenn auch nicht willenlos, doch nicht der affectio tenendi, des Willens der Aneignung fähig sind, was einen gewissen Grad von Einsicht in den Werth und die Bestimmung der Güter voraussetzt.

Unfähigkeit zu besitzen ist indessen im Recht durch die besondere Ausdehnung des Besitzes durch Stellvertreter bei ihnen gehoben (§ 228 Note aa und bb);

2) an Gegenständen, woran eine körperliche Bemächtigung nicht möglich ist, daher unkörperliche Dinge nicht besessen werden können;[c] bei den s. g. universitates rerum distantium (§ 222) werden daher nur die Theile, nicht das unkörperliche Ganze besessen.[d]

3) Die körperliche Gewalt läßt sich aber auch an einer körperlichen Sache nicht so denken, daß sie Mehreren zugleich an der ganzen Sache zugeschrieben werden könnte. Daraus folgt, daß plures eandem rem in solidum possidere non possunt.[e] Es ist auffallend, daß über diesen natürlichen Grundsatz ein Streit unter den römischen Juristen bestand. Trebatius hatte behauptet, allerdings könnten nicht zwei dieselbe Sache gleichzeitig iuste oder iniuste besitzen, wohl aber einer iuste, der andere iniuste, also vi, oder clam, oder precario, Sabinus billigte dieß insonderheit bei dem Precarium,[f] und ebenso behauptete Pomponius, daß der Empfänger des Precariums besitze, aber doch auch der Geber, da man nicht sagen könne, er habe den Besitz aufgegeben.[g] Die Meinung des Trebatius bestritt Labeo (Note f), wie es scheint auch Celsus,[h] entschieden Paulus (Note e). Das Verhältniß Ulpian's zu dieser Controverse ist zweideutig.[i] Von einer Anwendung jener Theorie auf die Usucapion, also von der Behauptung, daß die violenta, clandestina oder precaria possessio eines Andern die Usucapion nicht unterbreche, findet sich keine Spur, sie ist auch durchaus unwahrscheinlich. Eine zweite mögliche Anwendung wäre die auf die Uebernahme der Eigenthumsklage, zu welcher der iustus possessor ungeachtet der fremden iniusta possessio verpflichtet gewesen wäre.[k] Die einzige Anwendung, die in unseren Quellen wirklich vorkommt, ist die auf die Interdicte,[l] und hier wird uns auch der Ursprung der Theorie erklärlich. Bei dem interdictum retinendae possessionis verliert der, welcher von dem Gegner iniuste besitzt; wir haben gesehen (§ 225), daß daher und vermöge der Duplicität dieser Interdicte der frühere Besitzer gegen den, der ihm den Besitz vi etc. entzogen hat, als Kläger mit jenem Interdict wirksam auftreten kann; insofern konnte man sagen, er retinirt den Besitz, denn er siegt mit dem interdictum retinendae possessionis. Daraus entstand die Ansicht des Trebatius: der iniustus possessor ist Besitzer, nach natürlicher Anschauung, aber auch zu gleicher Zeit der iustus, denn er hat das interdictum retinendae possessionis. Dieß konnte an

---

c) L. 3 pr. D. eod. *d*) L. 30 § 2 D. de usurp. (41, 3).

e) Paul. L. 3 § 5 D. de adqu. poss. (41, 2): — contra naturam quippe est, ut, quum ego aliquid teneam, tu quoque id tenere videaris — — non magis enim eadem possessio apud duos esse potest, quam ut tu stare videaris in eo loco, in quo ego sto, vel in quo ego sedeo, tu sedere videaris. Daß natürlicher und juristischer Besitz neben einander bestehen können, ist keine Ausnahme, denn der natürliche Besitzer übt nur einen fremden Besitz aus, alienae possessioni praestat ministerium. Vgl. auch Note x.

f) L. 3 § 5 cit.

g) L. 15 § 4 D. de precar. (43, 26).

h) Bei Ulpian. L. 5 § 15 D. commod. (13, 6).

i) Nach L. 3 pr. D. uti poss. (43, 17) ist das Wahrscheinliche, daß er zur Meinung des Trebatius sich hinneigte, die Note h citirte Stelle entscheidet nicht für das Gegentheil, weil da bloß die Regel erwähnt wird, ohne Rücksicht auf die etwaige Ausnahme, endlich L. 13 § 7 D. de adqu. poss. (41, 2) läßt sich auch nach jener Meinung erklären. [Vgl. Krüger kritische Versuche S. 94.]

k) Wenn nicht durch die Bestimmung des Beklagten von Ulpian L. 9 D. de R. V. (6, 1): puto autem, ab omnibus qui tenent, et habent restituendi facultatem, peti posse, gerade diese Anwendung jener Theorie ausgeschlossen werden sollte.

l) Ulpian. L. 3 pr. D. uti poss. (43, 17).

sich bloß als ein besonderer Ausdruck für einen ganz richtigen Satz gelten, aber der Ausdruck war falsch, weil jenes Verhältniß des ehemaligen Besitzers nur ganz relativ ist. Es war zu befürchten, daß das falsche Wort auch falsche Sätze gebären würde, und dieß war wirklich der Fall. Man kam dahin, den ehemaligen Besitzer auch absolut als gegenwärtigen zu behandeln, daher auch gegenüber von Anderen, man gab ihm das Interdict auch gegen Andere, und gelangte so zu der Entscheidung, die wir bei Ulpian (Note l) finden: wenn sich bei dem Interdict ergiebt, daß beide Theile Besitzer sind, der eine iustus, der andere inustus possessor, und der letzte besitzt nicht von dem ersten, so wird keiner unterliegen, d. h. also der Richter kann zwischen ihnen nicht entscheiden.[m])

4) Die Ausschließlichkeit des Besitzes, von der eben die Rede war, steht dem Besitz Mehrerer an derselben Sache nicht entgegen, wenn jeder sich auf einen Theil derselben beschränkt. Es fragt sich aber, ob nicht andere Gründe diesem Besitz von Theilen entgegenstehen. Die Theile können vor allem ideelle sein, Mehrere besitzen hier pro indiviso (§ 222). sie sind Mitbesitzer. Im corpus tritt diese Theilung nicht hervor, weil sie eine unkörperliche ist, sie beruht auf dem animus, der bei jedem dieser Besitzer nur auf einen quoten Theil der Sache gerichtet ist. Dieß setzt aber voraus, einmal, daß solche Theile durch ein rechtliches Ereigniß (z. B. durch einen gemeinschaftlichen Kauf, oder eine sonstige Erwerbung, zu der sich Mehrere vereinigt haben) gegeben sind, und sodann, daß der Erwerber einen bestimmten Theil im Sinne habe.[n]) Die Theile, welche Mehrere an der Sache besitzen, können ferner körperliche sein, sie besitzen hier die Sache pro diviso. Dieß setzt voraus, daß die Theile eine selbständige Existenz erhalten können, und auch wirklich durch den Besitz erhalten, wenn auch noch ein körperlicher Zusammenhang unter ihnen besteht.[o]) Daher ist der Besitz unmöglich an integrirenden Theilen (§ 222), es kann z. B. niemand das Gebäude ohne den Boden, worauf es steht, besitzen.[p]) Ueberhaupt aber kann ferner keine bewegliche Sache von Mehreren pro diviso besessen werden, denn die Verbindung jedes Theils mit dem andern macht die factische Gewalt über ihn besonders ohne die übrigen unmöglich. Bei Grundstücken dagegen ist die Besitznahme eines einzelnen Platzes oder Strichs möglich, ein Grundstück also kann von Mehreren pro diviso besessen werden.[q])

---

m) Vergleichen wir mit dieser Controverse den oben vorgetragenen Satz, daß der Besitz eines Grundstücks nicht heimlich und ohne Wissen des bisherigen Besitzers (oder seines Repräsentanten) erworben oder verloren wird (§ 228 Note n), so finden wir, daß er damit nicht wesentlich zusammenhängt. Zwar daß der Besitz für den bisherigen Besitzer nicht verloren geht, ist für die Anhänger der Ansicht des Trebatius nichts besonderes, aber daß der Apprehendent ihn nicht erwirbt, ist auch für sie eine Singularität.

n) L. 26 D. de adqu. poss. (41, 2): — incerta autem pars neque tradi neque capi potest, velut si ita tibi tradam: quidquid mei iuris in fundo est; nam qui ignorat, nec tradere nec accipere id, quod incertum est, potest. [Dieser Satz steht mit der Unstatthaftigkeit einer incertae partis vindicatio in Verbindung. § 165 g. R.]

o) Wo dieser nicht existirt, also bei den körperlichen Theilen eines unkörperlichen Ganzen, werden ohnedieß nur die Theile besessen, Note d.

p) L. 15 § 12 D. de damno inf. (39, 2), vgl. Savigny R. des B. S. 302 Note 4.

q) L. 8 in f. D. de R. V. (6, 1) L. 26 D. de adqu. poss. (41, 2). Man kann freilich sagen, die Verbindung ist hier schon aufgehoben, es sind aus einem Grundstück mehrere Grundstücke geworden, die (in Beziehung auf den Besitz — in anderer Beziehung kann es allerdings anders sein) nicht mehr ein Ganzes bilden, nicht mehr zusammenhängen, sondern nur an einander stoßen, wie dieß bei allen angrenzenden Grundstücken der Fall ist. So steht im Grunde dieser Fall dem gleich, wenn jemand ein Stück von einer beweglichen Sache abreißt und in Besitz nimmt, es

5) Eine andere Frage ist, ob der Besitzer des Ganzen auch als Besitzer der Theile betrachtet werden kann (wiederum abgesehen von integrirenden Theilen). Von Seiten des corpus steht nichts entgegen, einen Stein z. B., der in das von mir besessene Haus eingefügt ist, habe ich gewiß nicht weniger in meiner körperlichen Gewalt, als wenn er lose auf meinem Hof liegt. Was dagegen den animus anlangt, so könnte allerdings der Wille dessen, der das Ganze in Besitz nimmt, auch auf die einzelnen Theile besonders gerichtet sein, aber dieser Wille ist nicht erkennbar, da das Corpus stets auf das Ganze sich erstreckt. Daher besitzt der, welcher eine Sache apprehendirt, stets nur das Ganze, nicht die einzelnen Theile besonders, so lange sie in der Verbindung stehen, die sie zu bloßen Theilen des Ganzen macht.[r]) Anders wenn der Besitzer des Ganzen eine Sache, die jetzt Theil desselben ist, schon vor ihrer Verbindung besessen hatte, und sie selbst erst in das von ihm besessene Ganze, z. B. den Stein oder Balken in das Haus, eingefügt hat. Durch diese Einfügung verliert er den Besitz nicht, weder corpore, denn er hat die Sache noch immer in seiner Gewalt, noch animo, denn er hat nicht den animus non possidendi; dieß also ist der Fall, in welchem der Besitzer des Ganzen auch den Theil in dem Ganzen besitzt.[s])

In gewissen Fällen ist der Besitz um seiner rechtlichen Natur willen ausgeschlossen; eine vollständige körperliche Gewalt über die Sache mit dem factischen Willen der vollständigen Aneignung wird hier aus rechtlichen Gründen nicht als juristischer Besitz behandelt:

1) Wer in einer fremden Gewalt (potestas, manus, mancipium) steht, die ihn — überhaupt oder für gewisse Fälle — der Fähigkeit, Vermögensrechte zu haben, beraubt, der kann insoweit auch keinen juristischen Besitz haben, sein Besitz (z. B. der des Sclaven, des Filiusfamilias) ist nur Detention.[t])

2) Sachen, die dem Commercium entzogen sind, sind auch nicht Gegenstände des juristischen Besitzes.[u])

Wenn in diesen Fällen, wo natürlich betrachtet Besitz bestünde, rechtlich keiner angenommen wird, so giebt es umgekehrt solche, wo um seiner rechtlichen Natur willen ein Besitz existirt, der vom rein natürlichen Standpunkt aus geleugnet werden müßte.

So müßte, wenn ein Pupill den animus non possidendi hat, der Besitz für ihn eben so gut verloren sein, als wenn er ohne seinen Willen corpore den Besitz verliert. Da er aber kein Recht ohne Autorität des Tutors aufgeben kann, so kann er auch den Besitz nicht ohne diese Autorität animo verlieren, er wird also ungeachtet seines animus non possidendi noch immer als Besitzer behandelt, obgleich er natürlich betrachtet aufgehört hatte, es zu sein.[v])

Ein zweiter Fall ist, daß manche Personen als juristische Besitzer gelten, die den animus domini, den Willen vollständiger Zueignung der Sache nicht haben. Wer den Besitz einer Sache zu dem Zweck überkommt, um sie für den

---

hört dadurch auf, Theil der Sache zu sein, der Besitzer des abgerissenen Stücks und der Besitzer der zurückgelassenen Theile sind nicht Besitzer der Sache pro diviso.

r) L. 23 pr. D. de usurp. (41, 3) L. 2 § 6 D. pro emt. (41, 4).

s) L. 30 § 1 D. de usurp. (41, 3). In L. 7 § 1 D. ad exhib. (10, 4) wird für einen solchen Fall: si rotam meam vehiculo aptaveris, die Nichtexistenz des Usucapionsbesitzes ausgesagt, aber nicht aus Gründen, die den Besitz selbst betreffen.

t) L. 30 § 3 L. 49 § 1 D. de adqu. poss. (41, 2).

u) L. 30 § 1. 3 D. eod.

v) L. 29 D. eod.

noch ungewissen Berechtigten aufzubewahren, also z. B. bis zur Entscheidung des Rechtsstreites, der zwischen zwei Andern über das Eigenthum geführt wird, der würde natürlich betrachtet nur Detentor in fremdem Namen sein, der animus domini fehlt ihm ganz. Nun kann aber eine solche Sequestration, wie jenes Geschäft heißt, gerade zu dem Zweck beliebt worden sein, um den bisherigen Besitz der streitenden Partei zu unterbrechen, dieß setzt voraus, daß der Sequester juristischer Besitzer werde; darum ist die Uebertragung des juristischen Besitzes an ihn möglich gemacht worden.[w]) — Der Gläubiger, dem eine Sache überliefert wird, damit er sie zur Sicherheit seiner Forderung besitze, und kommenden Falls durch ihren Verkauf sich befriedige, besitzt dieses Pfand (Faustpfand) nicht mit dem animus domini, sein Wille ist auf einen ganz partiellen Zweck beschränkt, natürlich betrachtet würde er nur die Detention im Namen des Verpfänders haben, wie z. B. ein Commodatar, dem die Sache zu einem gewissen Gebrauch übergeben ist, oder wie ein Usufructuarius u. s. f. Nun soll ihm aber der Besitz eine Sicherheit gewähren, dieß kann er vollständig nur, wenn er selbst ihm gesichert, also wenn es ein durch die Interdicte geschützter Besitz, und dieser somit dem Verpfänder entzogen ist. Darum ist die Möglichkeit angenommen worden, durch jenen Pfandcontract den juristischen Besitz zu übertragen.[x])

Sequester und Faustpfandgläubiger haben einen juristischen Besitz, der bloß auf Uebertragung beruht, welcher utilitatis causa in diesen Verhältnissen diese Wirkung zugestanden ist, er leitet seine Eigenschaft als juristischer Besitz nur von dem Willen des bisherigen Besitzers ab, für sich und selbständig betrachtet wäre er nur Detention. Darum hat Savigny ihn sehr passend „abgeleiteten Besitz" genannt.[y])

Alle diese rechtlichen Modificationen der natürlichen Grundsätze vom Besitz werden an Wichtigkeit weit überwogen durch eine Erweiterung seiner Gegenstände, von der jetzt noch zum Schluß die Rede sein soll.

Ausdehnung des Besitzes auf unkörperliche Dinge.

CCXXX. Nur körperliche Gegenstände können eigentlich besessen werden (§ 229 Note c). Diese corporis possessio läßt sich als selbständig gewordene Ausübung des Eigenthums auffassen, selbständig geworden, indem unabhängig vom Eigenthum rechtliche Wirkungen mit ihr verknüpft sind: der Schutz durch die Interdicte, und unter gewissen weiteren Bedingungen die Usucapion. Nun ist ein der Usucapion analoges Institut auch auf Rechte außer dem Eigenthum

---

w) L. 17 § 1 D. depos. (16, 3) L. 39 D. de adqu. poss. (41, 2).

x) L. 16 D. de usurp. (41, 3). Nur ist als eine weitere Singularität festgesetzt, daß der Verpfänder in Beziehung auf die Usucapion als fortbesitzend gedacht, also eine Usucapion nicht als durch jene Besitzüberlieferung unterbrochen angesehen werden soll L. 16 cit. L. 36 D. de adqu. poss. (41, 2). Dieß ist im Interesse des Gläubigers selbst angenommen, dessen Pfandrecht von dem Eigenthum seines Verpfänders abhängt; außerdem würde der Besitz, der den Gläubiger sichern soll, das Mittel werden können, die Sicherung des Eigenthums durch Usucapion zu verhindern, und damit zugleich die Wirksamkeit des Pfands zu beeinträchtigen. Dieser Usucapionsbesitz des Verpfänders neben dem Besitz des Gläubigers ist keine Ausnahme von der Ausschließlichkeit des Besitzes (Note e), denn er ist eine bloße Fiction für jenen einzelnen Zweck; wahrer Besitzer ist allein der Gläubiger.

y) Savigny nimmt noch zwei Fälle des abgeleiteten Besitzes an: den des Emphyteuta und den des Precaristen, aber diesen Besitzern läßt sich der animus domini nicht absprechen, vgl. Puchta in Richter's krit. Jahrbüchern 1837 S. 679 f.

übertragen worden, jemanden, der z. B. ein Recht auf Benutzung einer fremden Sache, eine Servitut, lange Zeit ausgeübt hat, als Berechtigten anzuerkennen, also die Servitut durch Ersitzung entstehen zu lassen, schien nicht weniger Bedürfniß als beim Eigenthum. Eben so schien es gerecht, im Fall eines Rechtsstreits über die Existenz gewisser Rechte den, der in der bisherigen factischen Ausübung des Rechts sich befunden hatte, theils von dem onus probandi zu befreien, ihm also die Rolle des Beklagten zuzuweisen,[a] theils ihn bis zur Entscheidung über das Recht in der Ausübung zu schützen, also possessorische Interdicte zu geben, wie bei der possessio.[b] Die Ausübung solcher Rechte, auf diese Weise mit selbständigen Wirkungen, wie der Besitz, versehen, war nun auch possessio zu nennen: libertatis possessio, iuris possessio, im Gegensatz zur corporis possessio,[c] quasi possessio im Gegensatz zur possessio, dem eigentlichen Besitz.[d]

Possessorische Interdicte sind gegeben für den Quasibesitz der Servitutrechte und des Rechts der Superficies. Zum Theil sind die oben dargestellten Interdicte auf die iuris quasi possessio übertragen, zum Theil sind besondere für sie aufgestellt worden.[e]

Das erste war vor allem möglich bei den Rechten, deren Ausübung die Detention der Sache, welche den Gegenstand des Rechts bildet, voraussetzt. Der Quasibesitz des Ususfructus und der andern für eine Person bestimmten Servituten ist mit dem natürlichen Besitz der Sache verbunden, es stand nichts entgegen, dem Quasibesitzer das interdictum uti possidetis utile oder utrubi (jenachdem die Sache eine unbewegliche oder bewegliche ist) gegen den Störer oder Anfechter zu geben,[f] so wie gegen den Entzieher die interdicta recuperandae possessionis: de precario und (mit einiger Aenderung in der Formel) auch: de vi.[g] Das letzte gilt auch von dem Besitz des Rechts der Superficies,[h] dagegen ist das interdictum uti possidetis oder utimini fruimini darauf nicht angewandt, sondern ein eigenes Interdict: uti e lege locationis super-

---

a) So bei dem Rechtsstreit über die Freiheit, s. § 221, ferner bei dem Servitutenproceß L. 8 § 3 D. si serv. vind. (8, 5).

b) L. 20 D. de serv. (8, 1): — ideoque et interdicta velut possessoria constituta sunt.

c) L. 2 § 3 D. de precar. (43, 26): — qui possessionem corporis vel iuris adeptus est —. L. 10 C. de adqu. poss. (7, 32). In L. 49 § 1 D. de adqu. poss. (41, 2) dagegen werden durch diese Ausdrücke die factische und rechtliche Natur des Besitzes überhaupt einander entgegengesetzt § 229 Note a.

d) Gai. IV 139 L. 3 § 17 D. de vi (43, 16) u. a. [Die genauere Unterscheidung zwischen possessio und quasi possessio gehört erst der ausgebildeten Rechtswissenschaft an. Zu Cicero's Zeit nahm man bei dem usufructus noch possessio an: Cic. pro Caecin. 7. 32. Keller semestria II p. 346. R.]

e) [Rudorff Zeitschr. für gesch. Rechtswiss. XI S. 340—353.]

f) L. 4 D. uti possid. (43, 17). [In fragm. vat. 90 wird das interdictum uti possidetis in dieser Anwendung utile interdictum genannt, „quia non possidet — sed potius fruitur". Die Formel lautete: uti nunc utimini fruimini — oder wenn der Eigenthümer und Fructuar streiten: uti nunc possidetis utimini fruimini. Das Interdictum utrubi, in dessen Formel die Possessio nicht erwähnt wird, paßte direct auf den Ususfructus. R.]

g) L. 3 § 13. 14 D. de vi (43, 16) L. 60 pr. D. de usufructu (7, 1) L. 27 D. de don. (39, 5) Fragm. vat. 90 L. 2 § 3 D. de precar. (43, 26). [Das Interdict de precario bedurfte keiner Aenderung: quod precario ab illo *habes* paßt auf den Fructuar. Das int. de vi paßte nicht, weil der Fructuar nicht besitzt und daher auch nicht dejicirt werden kann, man gab daher ein utile interdictum: si uti frui prohibitus esse dicetur. — Fragm. vat. 91. R.]

h) L. 1 § 5 D. de vi (43, 16).

ficie fruimini (§ 244 b) gegeben worden,[i]) welches aber ganz die Eigenschaften jenes hat.[k])

Noch näher lag eine Anwendung der gewöhnlichen Interdicte bei den Rechten, deren Ausübung mit dem Besitz zwar nicht der unterworfenen Sache, aber der Sache, für welche das Recht bestimmt ist, zu deren Vortheil es gereichen soll, verbunden ist. Dieß ist der Fall bei den positiven Servituten, welche für praedia urbana bestimmt sind. Wenn ich also in der Ausübung des Rechts, einen Balken meines Hauses in der Wand oder einen Balken über dem Grundstück meines Nachbars zu haben, gestört werde, so habe ich das interdictum uti possidetis eas aedes, ex quibus proiectio est. In der That werde ich hier in dem Besitz meines Hauses selbst, wie es eben jetzt steht, also in der corporis possessio gestört, und darum ist die Anwendung des Interdicts in diesem Fall gar keine Ausdehnung desselben auf die iuris quasi possessio.[l]) Dagegen beruht die Ausübung der negativen Servituten, z. B. des Rechts, das Höherbauen zu verbieten, nur darauf, daß auf dem dienenden Grundstück nichts Zuwiderlaufendes geschehe, es leuchtet ein, daß das Interdict uti possidetis wegen des Besitzes des herrschenden hier ohne Erfolg sein würde, und es bleibt dem Besitzer desselben nur die operis novi nuntiatio.[m])

Nun giebt es endlich noch Servituten, deren Ausübung weder mit einer Detention der unterworfenen Sache, noch mit dem Besitz der Sache, für welche sie einen Vortheil gewähren, verbunden ist, es sind die Servituten für praedia rustica, welche zur Vornahme einzelner Handlungen auf dem unterworfenen Grundstück berechtigen, z. B. durch dasselbe zu gehen, zu fahren, Wasser zu leiten, Wasser davon zu holen u. s. f. Das Recht steht auch bei ihnen in Verbindung mit dem Grundstück, für das sie bestimmt sind, das mit einem Weg, um darauf zu kommen, mit Wasser u. s. f. versehen werden soll, aber die Ausübung hängt nicht so damit zusammen, daß man sagen könnte, wer in der Ausübung derselben gestört wird, wird in dem Besitz des Grundstücks gestört. Eine Anwendung des interdictum uti possidetis auf den Quasibesitz dieser Rechte wäre daher eine ganz singuläre Erweiterung dieser Klage gewesen.[n]) Aber es

---

i) L. 3 § 7 D. uti poss. (43, 17). [Das interdictum uti possidetis eas *aedes* hilft dem Superficiar nicht, da der Grundherr das Ganze, solum und superficies, besitzt. Ein Interdict uti possidetis eam superficiem ist überall nicht möglich, da es keinen abgesonderten Besitz an der Superficies giebt (§ 223 c). Dies übersieht Böcking Inst. S. 536 Note 7. Utimini fruimini schlechthin würde den Ususfructus bezeichnen. So blieb nur obige Fassung übrig. Rudorff Zeitschrift für gesch. R. W. XI S. 230. 231. Degenkolb Platzrecht S. 233, um das interdictum de superficiebus nicht als reinen „Lückenbüßer" des int. uti possidetis zu fassen, legt das Hauptgewicht auf die contractlichen Schranken (lex locationis). Dagegen spricht die Stellung hinter dem int. u. p. statt des Anschlusses an das int. de loco publico fruendo; vgl. auch L. 27 D. de don. 39, 5) a. E. — Ueber den Begriff cenaculum und crypta s. Savigny Besitz 7 Aufl. S. 291, der ersteren als den ganzen obern Theil des Hauses, letztern als Keller auffaßt, und Rudorff zu Sav. Besitz 7 Aufl. S. 657, der unter den Krypten das Erdgeschoß versteht. Degenkolb S. 236 hat sich für Savigny's Ansicht entschieden. R.]

k) L. 1 § 2 D. de superficiebus (43, 18): Omnia [ursprünglich wohl cetera Gai IV 170, d. h. die fructus licitatio u. s. w. R.] quae in uti possidetis interdicto servantur, hic quoque servabuntur.

l) L. 3 § 6 D. uti poss. (43, 17) L. 8 § 5 D. si serv. vind. (8, 5). Das interdictum de vi ist nicht anwendbar, die Dejection aus dem Besitz des Hauses bezieht sich nicht bloß auf den damit verbundenen Quasibesitz der für das Haus bestimmten Servitut, und eine auf diesen Quasibesitz allein gerichtete Gewaltthätigkeit ist keine Dejection, die stets die Richtung auf einen körperlichen Gegenstand voraussetzt L. 4 § 27 in f. D. de usurp. (41, 3).

m) [L. 5 § 10 D. de O. N. N. (39, 1) si in suo quid faciat, quod nobis noceat, tunc operis novi denuntiatio erit necessaria. Rudorff a. a. O. S. 348—353. R.]

n) Wenn der Prätor in einem solchen Falle hätte interdiciren wollen: uti eum fundum de

stand dieser Anwendung noch ein anderes Bedenken entgegen: für die Entscheidung der Frage, wer als gegenwärtiger Besitzer einer solchen Servitut gelten soll, sind besondere Bestimmungen nöthig, es erscheint nicht als billig und zweckmäßig, jeden, der durch einmalige Vornahme jener Handlung, die den Inhalt der Servitut bilden, den Quasibesitz erworben hat, wenn nur kein Act des Verlustes eingetreten ist, in dem Besitz zu schützen. Darum hat der Prätor besondere Interdicte für den Besitz jener Servituten (der servitutes praediorum rusticorum) eingeführt. Nicht für alle; er fand sich zu diesem einstweiligen Schutz der Ausübung nur bei den Servituten veranlaßt, wo die Unterbrechung der Ausübung bis zur Entscheidung über das Recht eine Störung der Agricultur nach sich gezogen haben würde.

Diese besondern Interdicte sind das interdictum de itinere actuque privato für den Besitz von Wegservituten,[o]) das interdictum de aqua und de rivis für den Besitz der Wasserleitungsservituten,[p]) das interdictum de fonte (de lacu etc.) und de fonte reficiendo für den Besitz der Wasserschöpfservituten.[q]) Sie setzen den Quasibesitz der Servitut voraus, zum Beweis desselben wird die Ausübung der Servitut im letzten Jahr rückwärts von der Zeit der Anstellung der Klage gefordert, bei dem interdictum de aqua aestiva geht die Zeit zurück bis auf den vorigen Sommer. Bei dem interdictum de itinere actuque ist eine einmalige fehlerfreie Ausübung in jener Zeit nicht hinreichend, um auf diesen Schutz Anspruch zu geben, es muß eine öftere (die römischen Juristen sagen: an wenigstens dreißig Tagen des letzten Jahres) nachgewiesen werden. Bei den übrigen hat schon eine einmalige Ausübung, wenn sie nicht vi etc. gegenüber dem Gegner geschah, diese Wirkung, dagegen wird bona fides, also die Ueberzeugung, berechtigt zu sein, von dem Kläger gefordert.[r])

Erwerb und Verlust der iuris possessio bestimmt sich durch die analoge Anwendung der Grundsätze von der corporis possessio. Der animus possidendi ist hier der Wille, das Recht z. B. des Ususfructus der Wasserleitung ꝛc.

---

quo agitur possidetis etc., so würde man auch durch die gewaltsamste Interpretation den Sinn, auf den es hier ankam, nicht haben in diese Worte bringen können.

o) Dig. XLIII 19: de itinere actuque privato. Es lautet so: Quo itinere actuque privato, quo de agitur, vel via hoc anno nec vi, nec clam, nec precario ab illo usus es, quominus ita utaris, vim fieri veto. Für den Fall, daß der Berechtigte zwar nicht am Gehen, Fahren ꝛc. selbst, aber an der Aufbesserung des Wegs gehindert wird, ist ein besonderes Interdict gegeben: de itinere actuque reficiendo, bei diesem reicht aber die Ausübung nicht hin, sondern der Kläger muß überdieß das Recht der Servitut beweisen, daher ist es kein possessorisches Interdict L. 3 § 11 (quominus — *ut tibi ius esset* reficias v. f. v.) 13 D. eod. L. 2 § 2 D. de interdict. (43, 1) L. 4 D. de rivis (43, 21).

p) Dig. XLIII 20: de aqua quotidiana et aestiva. Das interdictum de aqua zum Schutz der Ausübung schlechthin, für die aqua quotidiana: Uti hoc anno aquam qua de agitur, non vi, non clam, non precario ab illo duxisti, quominus ita ducas, vim fieri veto; für die auf die Sommerszeit beschränkte Wasserleitung: Uti priore aestate aquam q. d. a. nec vi, nec clam, nec precario ab illo duxisti, quominus ita ducas, vim fieri veto (L. 1 § 29 D. eod.). Das interdictum de rivis zum Schutz der Ausbesserung, die dabei nothwendig wird Dig. XLIII 21: de rivis, es lautet: Rivos, specus, septa reficere purgare aquae ducendae causa quominus liceat illi, dum ne aliter aquam ducat quam uti priore aestate non vi, non clam, non precario a te duxit, viem fieri veto.

q) Dig. XLIII 22: de fonte. Das interdictum de fonte: Uti de eo fonte q. d. a. hoc anno aqua nec vi, n. c., n. p. ab illo usus es, quominus ita utaris, vim fieri veto. De lacu, puteo, piscino item interdicam. Das int. de fonte reficiendo: Quominus fontem q. de a. purges reficias, ut aquam coërcere utique ea possis, dum ne aliter utaris atque uti hoc anno n. v., n. c., n. p. ab illo usus es, vim fieri veto.

r) L. 1 § 10. 19 D. de aqua (43, 20), vgl. L. 3 § 7 D. de rivis (43, 21) L. un. § 3. 11 D. de fonte (43, 22).

auszuüben, entweder für sich oder für einen Andern (alieno nomine), denn auch hier läßt sich juristischer und natürlicher Besitz unterscheiden. Um im Quasibesitz (juristischen oder natürlichen) zu sein, muß man die Ausübung als Ausübung eines Rechts vornehmen, um juristischer Quasibesitzer zu sein und die Interdicte zu haben, als Ausübung eines eigenen Rechts.[s] Dieser animus nun muß sich, wenn der Besitz erworben sein soll in einem Act, der eine Ausübung des Rechts enthält, verkörpern,[t] dieser Act entspricht dem corpus bei dem eigentlichen Besitz. Bei den Rechten, die mit einer Detention der unterworfenen Sache verbunden sind, besteht er in der Apprehension dieser Sache, ist also wie die Apprehension des körperlichen Besitzes gestaltet. Bei den Servituten, die zu einzelnen abgesonderten Handlungen berechtigen, z. B. zum Gehen, besteht die Apprehension in der Vornahme dieser Handlung (Note s) in eigner Person oder durch einen Repräsentanten. Besteht der Inhalt der Servitut in der Einrichtung einer Anstalt, z. B. Einlassung eines Balkens in die Wand des Nachbarn, so wird der Besitz derselben durch diese Einrichtung apprehendirt, den Besitz des Hauses, für welches die Servitut bestimmt sein soll, vorausgesetzt. Diese Voraussetzung gilt auch von dem Besitz der Servituten, die lediglich darin bestehen, daß der Eigenthümer der unterworfenen Sache etwas unterlassen muß, z. B. sein Haus nicht erhöhen darf. In dieser Unterlassung auf Seiten dessen, welcher durch die Servitut beschränkt ist, wird sie von dem Berechtigten ausgeübt, aber diese Unterlassung könnte zufällig sein; damit der Besitz erworben sei, ist ein Act erforderlich, der ihr den Charakter der Zufälligkeit nimmt, und sie zur Ausübung eines Rechts macht. Ein solcher Act ist die Erklärung des durch die Servitut Beschränkten, daß er jenes unterlassen wolle, ferner sein Gehorsam gegen ein Verbot der Berechtigten; in beiden Fällen ist es nicht zweifelhaft, daß die Unterlassung auf das Bewußtsein von dem Anspruch, den der Andere (sei es mit oder ohne Recht) macht, geschehen ist. — Verloren wird der Quasibesitz, wie der eigentliche, animo oder corpore in contrarium acto. Animo also dadurch, daß der Besitzer den animus non possidendi annimmt, corpore nicht schon durch Nichtausübung, sondern durch Ausschließung des Besitzers von der Ausübung: bei den persönlichen Servituten und der Superficies durch Entziehung des natürlichen Besitzes der Sache, bei den übrigen durch wirksame Abhaltung von der Handlung, zu der die Servitut berechtigt, durch Beseitigung der Anstalt, so daß deren Wiederherstellung nicht von dem Belieben des Besitzers abhängt, durch Vornahme dessen, was vermöge der Servitut unterlassen werden soll. Eben so aber besitzt auch der nicht mehr die Servitut, welcher aufhört, im Besitz des Grundstücks zu sein, mit dessen Besitz der Quasibesitz der für dasselbe bestimmten Servitut verknüpft ist.

---

s) L. 7 D. de itin. (43, 19): Si per fundum tuum nec vi, nec clam, nec precario commeavit aliquis, non tamen tanquam id suo iure faceret, sed, si prohiberetur, non facturus, inutile est ei interdictum de itinere actuque, nam ut hoc interdictum competat, ius fundi possedisse oportet L. ult. D. quemadm. serv. (8, 6).

t) L. ult. D. de servit. (8, 1).

Viertes Kapitel.

Von dem Eigenthum.

Allgemeine Natur des Eigenthums.

CCXXXI. Die Unterwerfung von Sachen, welche wir Besitz nennen, ist für sich selbst eine factische, ihre rechtliche Existenz entlehnt sie, wie wir gesehen haben, von einem andern ihr vorausgehenden Recht, dem Recht der Persönlichkeit. Man kann sagen, der Besitz selbst ist kein Recht, denn er ist bloß eine Seite des Rechts der Persönlichkeit, nur weil er doch dieses Recht ist, nach einer gewissen Richtung hin gewendet, ist er ein Recht zu nennen. In der That aber setzt der Besitz, um als ein eigenes Rechtsverhältniß zu bestehen, noch eine Unterwerfung anderer Art, eine rechtliche Herrschaft über Sachen voraus, gegen die er als selbständiges Verhältniß erscheint, indem er gedrängt von ihrer Macht und, insofern er von ihr getrennt ist, als Unrecht verfolgt, sich unter den Schutz des Rechts der Persönlichkeit flüchtet. Die ganze Theorie des Besitzes ist nur möglich durch die Existenz einer rechtlichen Herrschaft, gegen die er seine Selbständigkeit behauptet, indem er sie an das Recht der Persönlichkeit verliert.

Diese rechtliche Herrschaft über Sachen ist das Eigenthum, rerum dominium, das von den römischen Juristen in der Regel unter dem Wort res und dominium schlechtweg verstanden wird.[a]) Es ist die von dem Recht um ihrer rechtlichen Entstehung willen anerkannte Herrschaft, die zwar wie alle Rechte die Persönlichkeit des Berechtigten voraussetzt, die sich aber über diesen allgemeinen Grund als ein besonderes Recht erhoben hat, und insoweit als ein

---

a) Dominium überhaupt heißt die rechtliche Herrschaft, namentlich die civilrechtliche im Gegensatz zu der bloß auf prätorischem Schutz beruhenden. So wird in L. 48 pr. D. de hered. inst. (28, 5) die Bezeichnung des heres als hereditatis dominus gutgeheißen, und in L. 3 D. si ususfr. pet. (7, 6) wird der ususfructus iure (civili) constitutus dominium ususfructus genannt, der tuitione praetoris constituirte possessio ususfructus. Durch diese weite Anwendbarkeit des Worts dominium wird natürlich der Begriff des Eigenthums nicht ausgedehnt, Eigenthum ist nur das rerum (corporalium) dominium. Wenn auch bei uns das Wort Eigenthum von Vielen für alles, was uns irgendwie gehört, gebraucht wird, so hat man doch in der juristischen Sprache dieser vagen Anwendung sich zu enthalten. Wer z. B. von einem Eigenthum an Schuldforderungen spricht, der wird schwerlich dem Verdacht entgehen können, daß er die Begriffe und Grundsätze von Eigenthum und Obligatio gelegentlich unter einander mengen werde, wozu er sich durch den Mißbrauch der Worte eine glatte Bahn geöffnet hat.

selbständiges Glied in den Rechtskörper eingetreten ist. Der Eigenthümer leitet seinen Anspruch auf Schutz nicht wie der Besitzer von seinem Recht der Persönlichkeit ab, er gründet ihn darauf, daß seine Unterwerfung der Sache selbst und für sich betrachtet eine rechtliche, daß sie unmittelbar dem Gesetz gemäß sei, ohne der Vermittelung durch das Recht der Persönlichkeit zu bedürfen.

Das Eigenthum ist die totale rechtliche Unterwerfung einer Sache. Es ist das vollkommenste Recht, theils durch seinen Gegenstand, welcher der einzige dem menschlichen Willen völlig hingegebene ist, theils durch seinen inneren Umfang, weil es diesen Gegenstand nach allen Seiten, von denen er im Recht zur Sprache kommt, unterwirft.[a*]) Der Begriff des Eigenthums schließt folgende Momente in sich:

1) Nur an Sachen, also an körperlichen Gegenständen, ist Eigenthum möglich. Durch die Behandlung eines aus körperlichen Theilen bestehenden unkörperlichen Ganzen (einer s. g. universitas rerum distantium § 222) als Sache hat dieß eine Modification erlitten, es wird Eigenthum nicht bloß an den natürlichen Sachen, die diese universitas bilden, sondern auch an der ideellen, dem Ganzen angenommen, es kann das Ganze vindicirt, also: gregem meum esse behauptet werden.[b]) Manche wirkliche Sachen dagegen sind ausgeschlossen, die dem Eigenthum überhaupt, oder wenigstens dem Privateigenthum entzogen sind (§ 223).

Das Eigenthum an einer Sache setzt voraus, daß sie ein Dasein als besondere Sache habe. Dieß ist nie der Fall bei den integrirenden Theilen einer Sache (§ 222), an diesen ist kein besonderes Eigenthum möglich, der Eigenthümer des Ganzen hat sie nur in und mit diesem im Eigenthum. So ist dieß bei den Gliedern eines Thiers, bei der Pflanze, bei dem Gebäude als Theil des Bodens der Fall. Es ist niemand Eigenthümer des Gebäudes, ohne Eigenthümer des Bodens zu sein, worauf es steht,[c]) und der Eigenthümer des Bodens hat nicht ein besonderes Eigenthum an dem Gebäude.[d]) Dieß gilt auch von den organischen Erzeugnissen einer Sache, so lange sie noch an der erzeugenden Sache sich befinden (fructus pendentes), sie sind noch integrirende Theile der Mutter, die sie trägt,[e]) der Pflanze, die sie hervorbringt, und mit ihr des Bodens, auf dem sie steht,[f]) sie sind nur erst künftige Sachen.[g]) Erst durch die Trennung von der erzeugenden Sache (fructus separati) werden sie selbständige Organismen, erst von der Separation an ist ein besonderes Eigenthum an ihnen denkbar. Die bloße körperliche Verbindung dagegen mit einer andern Sache, wenn sie keine integrirende ist, eine Verbindung, worin

---

*a**) [Nicht die Totalität, sondern die Proprietät, das suum esse, ist das entscheidende Merkmal, daher schließen die Beschränkungen durch dingliche Specialrechte den Begriff nicht aus (L. 25 pr. D. de V. S. 50, 16), erst das fremde Eigenthum macht ihn unmöglich, weil die Sache nur Einem gehören kann. Die Totalität hat nur den Sinn, daß die Beschränkung auf ein dingliches Specialrecht, und wäre es noch so umfassend, nicht mehr Eigenthum ist, weil sie eben voraussetzt, daß die Sache einer andern Person und zwar dauernd, erblich und eigenthümlich unterworfen ist. R. — Vgl. Windscheid Pandekten I § 167, 3.]

b) L. 1 § 3 L. 2. 3 pr. D. de R. V. (6, 1). [Vgl. dagegen Exner Tradition S. 219 f.]

c) L. 2 D. de superfic. (43, 18).

d) L. 40 D. de act. emti (19, 1).

e) L. 1 § 1 D. de insp. ventre (25, 4): — partus enim antequam edatur, mulieris portio est vel viscerum —.

f) L. 44 D. de R. V. (6, 1): fructus pendentes pars fundi videntur.

g) L. 15 pr. D. de pignor. (20, 1).

z. B. der Stein mit dem Ring, der Balken mit dem Haus steht, welche die factische Herrschaft für den, der nicht Besitzer des Ganzen ist, hindert (§ 229), steht der rechtlichen Herrschaft, also dem Eigenthum nicht entgegen.[h]) Daher verliert niemand sein Eigenthum dadurch, daß die Sache auf diese äußerliche Weise Theil einer andern wird, und ein Eigenthum Mehrerer pro diviso ist möglich unter Umständen, wo der Besitz pro diviso ausgeschlossen ist.

2) Das Eigenthum ist eine totale Herrschaft über die Sache. Alle Befugnisse, die sich in Beziehung auf eine Sache denken lassen, sind an sich im Eigenthum und zwar ausschließlich enthalten. Durch diese Totalität wird es unnütz, diese Befugnisse aufzuzählen, und eine Ungeschicklichkeit ist es, den Begriff des Eigenthums durch eine solche Aufzählung geben zu wollen. Sie kommen nur zur Sprache, insofern das Eigenthum überhaupt oder in einem besonderen Fall Beschränkungen unterliegt, wodurch gewisse Befugnisse, die an sich darin enthalten sind, davon getrennt werden.

Von Alters her sind gesetzliche Beschränkungen des Eigenthums an manchen Sachen eingeführt, viele finden sich schon in den Zwölf Tafeln, das spätere Recht hat sie noch vermehrt. Diesen Beschränkungen liegt ein öffentliches Interesse zu Grunde, welches gewahrt werden soll; auch wenn der Vortheil eines Einzelnen dadurch befördert wird, ist es doch nicht dieser Privatvortheil für sich, sondern das dabei betheiligte gemeine Wohl, auf welches die Absicht gerichtet ist. Zu diesen Beschränkungen gehören auch die Verbote grausamer Behandlung der Sclaven (§ 212), vornehmlich aber betreffen sie das Eigenthum an Grundstücken, das seinem Gegenstand nach am meisten den Eigenthümer mit den Rechten Anderer und mit den öffentlichen Interessen in Berührung bringt.[i])

Die Fürsorge für die religiösen Interessen hat die Bestimmung hervorgerufen, daß der Eigenthümer dem, der auf andere Art nicht zu seinem Begräbnißort kommen kann, den Weg über sein Grundstück gestatten muß,[k]) und daß er einen unberechtigt auf seinem Grund und Boden beerdigten Leichnam nicht selbst, ohne Erlaubniß der religiösen Behörde, wegschaffen darf.[l])

Die Rücksicht auf die Communication durch die öffentlichen Wege hat schon in den Zwölf Tafeln die Vorschrift veranlaßt, daß dieselben durch die Anlieger in Stand erhalten werden müssen, wird diese Pflicht vernachlässigt, so müssen sie sich gefallen lassen, daß die des öffentlichen Wegs sich Bedienenden ihren Weg über ihr Grundstück nehmen;[m]) ist der Weg durch Erdsturz oder durch die Ausbreitung eines Flusses verloren, so muß der nächste Nachbar von seinem Eigenthum, so viel zur Wiederherstellung nöthig ist, abtreten.[n])

---

h) L. 23 § 5 D. de R. V. (6, 1) L. 7 § 10 D. de adqu. dom. (41, 1). Eine andere Frage ist, ob der Eigenthümer der Sache sie während dieser ihrer Verbindung mit einer andern vindiciren kann, davon unten. — Ferner kann der Erwerbung des Eigenthums die Verbindung mit einer andern Sache entgegenstehen, z. B. wo diese Erwerbung einen Besitzerwerb voraussetzt, wie die Tradition, aber auch bei anderen Erwerbungen kann dieß der Fall sein, z. B. Mancipation, In Jure Cessio.

i) Vgl. zu dem Folgenden Dirksen über die gesetzlichen Beschränkungen des Eigenthums nach R. R. ꝛc., Zeitschrift für gesch. Rechtswiss. II 16.

k) L. 12 pr. D. de relig. (11, 7).

l) L. 8 pr. D. eod. vgl. L. 2 § 2 L. 7 pr. L. 43 eod.

m) Cic. pro Caec. 19. [Festus s. v. Viae. Schoell XII Tab. p. 138, 6.] Die lex iulia municipalis spricht jene Verbindlichkeit auch für die Straßen in der Stadt aus Tab. heracl. v. 20 sqq. v. 53 sq.

n) L. 14 § 1 D. quemadm. serv. (8, 6).

Rücksichten der Gesundheits- und Feuerpolizei haben die Vorschrift der Zwölf Tafeln veranlaßt, daß in der Stadt zwischen den Gebäuden ein Zwischenraum (ambitus) von zwei und ein halb Fuß (sestertius pes) gelassen werden soll,[o] von späteren Kaisern ist er auf zwölf, unter Umständen auf fünfzehn Fuß erhöht worden.[p] Auch für die Höhe der Gebäude wurde ein Maximum festgesetzt, von August 70, von Trajan 60 Fuß,[q] Zeno in einer ausführlichen Verordnung über die Gebäude läßt 100 Fuß zu, nur unter Voraussetzung eines angemessenen Abstands von den nächsten Gebäuden.[r] Ueberdies soll, wenn auch das gesetzliche Maß nicht überschritten wird, der Nachbar das Recht haben, zu fordern, daß keine ihm nachtheilige Veränderung mit dem altherkömmlichen Zustand des Hauses vorgenommen werde.[s] Auch bei Feldgütern soll der herkömmliche Stand in Beziehung auf den Lauf des Regenwassers nicht willkürlich zum Nachtheil des Nachbars verändert werden, schon die Zwölf Tafeln haben deshalb eine Klage gegeben, die actio aquae pluviae arcendae.[t]

Ueberhaupt aber muß ein Grundeigenthümer bei der Ausübung der Befugnisse, die in seinem Recht liegen, sich zu einer billigen Rücksicht auf die, deren Eigenthum mit dem seinigen zusammenstößt, veranlaßt finden durch die Erwägung, daß ein allzustrenges Bestehen auf seinen Eigenthumsbefugnissen einen fortwährenden rechtlichen Kriegsstand hervorrufen würde, bei dem vielleicht keiner der Nachbarn die Linie seines Rechts überschreitet, jeder aber den andern und sich selbst in der Benutzung seines Guts ohne endlichen Vortheil beschränkt. Das Bedürfniß einer solchen gegenseitigen Nachsicht ist in manchen Punkten so dringend selbst für das öffentliche Interesse, daß darüber Rechtsvorschriften entstanden sind, die das, was Vernunft und Billigkeit fordert, als rechtliche Nothwendigkeit festsetzen, und so von der Einsicht und dem guten Willen des Individuums unabhängig machen. Wer sein Gebäude in einem baufälligen Zustand läßt, kann von dem dadurch Gefährdeten angehalten werden, den Ersatz des zu befürchtenden Schadens zu versprechen (cautio damni infecti), weigert er sich, dem Decret, das ihm diese Caution auferlegt, Folge zu leisten, so weist der Prätor den Kläger in den natürlichen Besitz des Gebäudes ein (in possessione esse iubet), ist dieses Zwangsmittel fruchtlos, so kann eine zweite missio in possessionem (ex secundo decreto) erfolgen, worin der Verpflichtete als Derelinquent seines Hauses behandelt, und dem Berechtigten juristischer Besitz und Eigenthum zuerkannt wird (possidere iubet).[u] Zu dieser Caution ist auch der verpflichtet, der so tief auf seinem Grunde gräbt, daß das Gebäude des Nachbars seine Sicherheit verliert, nicht dagegen, wenn er ihm bloß einen

---

o) Varro de L. L. V 22 (Müll.) Volus. Maecian. assis distr. 43. Paul. Diac. ex Festo v. ambitus. Es sollten also alle neuen Gebäude als insulae errichtet werden Paulus ex Festo v. insulae. Nero (Tac. annal. XV 43) und Antoninus und Verus (L. 14 D. de serv. pr. urb. 8, 2) schärften dieß von neuem ein.

p) L. 9. 11. 12 § 2 C. de aedif. priv. (8, 10).

q) Sueton. Octav. 89. S. Aurel. Victor epitom. XIII 13, vgl. L. 1 § 17 D. de O. N. N. (39, 1).

r) L. 12 § 4 C. de aedif. priv. (8, 10).

s) L. 11 pr. D. de serv. pr. urb. (8, 2) L. 12 § 1 C. de aedif. priv. (8, 10).

t) Dig. XXXIX 3: de aqua et aquae pluviae arcendae. L. 21 pr. D. de statulib. (40, 7).

u) Dig. XXXIX 2: de damno infecto et de suggrundis et protectionibus. Diese Caution dient überhaupt dazu, einen Anspruch wegen Beschädigungen zu erhalten, die einem Grundstück durch die mangelhafte Beschaffenheit irgend einer Vorrichtung drohen.

Vortheil entzieht, worauf jener keinen Anspruch hat, z. B. wenn durch das Graben einen Brunnens der des Nachbars versiegt.[v]) In einem Fall ist im Interesse der Agricultur eine Ausnahme gemacht, man soll dem Nachbar nicht den Luftzug, den er für seine Dreschtenne nöthig hat, verbauen können.[w]) Man braucht einen Baum nicht zu dulden, der vom Wind gebogen mit dem Stamm sich über unser Grundstück neigt,[x]) bloße Aeste, die herüberragen, muß man sich gefallen lassen, nur kann man verlangen, daß sie von der Erde 15 Fuß in die Höhe (pedes quindecim a terra altius) rund herum entfernt werden, da diese niedrigeren Aeste es sind, welche das Grundstück benachtheiligen.[y]) Hängt der Baum von einem Gebäude über das unsrige, so können wir seine gänzliche Wegnahme fordern,[z]) eben so, wenn seine Wurzeln unserem Gebäude schaden.[aa]) Verweigert der Eigenthümer des Baums jene Beschneidung oder diese Entfernung, so kann sie der Beschädigte vornehmen, und das Holz behalten, und wird darin durch ein Interdict (de arboribus caedendis) geschützt. Die Zwölf Tafeln haben den Grundeigenthümer verpflichtet, das Auflesen übergefallener Früchte (glans) zu gestatten,[bb]) das prätorische Edict schützt dieses Recht durch ein Interdict (de glande legenda), mit der Beschränkung jedoch, daß der Eigenthümer der Früchte nur einen Tag um den andern kommen dürfe.[cc]) Den Eigenthümer von Holz und anderem Baumaterial, das in das Gebäude oder den Weinberg eines Andern verbraucht worden ist, nöthigen die Zwölf Tafeln, sich mit dem Doppelten des Werths zu begnügen, worauf sie ihm die actio de tigno iuncto (aedibus vel vineae) geben, will er dieß nicht, so muß er zuwarten, bis seine Sachen ohne sein Zuthun aus jener Verbindung kommen, die Trennung kann er nicht verlangen.[dd])

Bei diesen Beschränkungen des Eigenthums verbindet sich mit dem öffentlichen Interesse zugleich das bestimmter Privatpersonen. Jenes allein dagegen hat auf das Verbot geführt, Grundstücke in der Stadt zu Begräbnissen zu bestimmen,[ee]) Verzierungen von Gebäuden zu trennen, überhaupt Gebäude auf Speculation zu zertrümmern,[ff]) und auf das Gesetz, nach welchem der Eigen-

---

v) L. 24 § 12 D. eod.

w) L. 14 § 1 C. de servit. (3, 34).

x) L. 2 D. de arboribus caedendis (43, 27).

y) L. 1 § 7—9 eod.

z) L. 1 pr. § 1—6 eod.

aa) L. 1 C. de interd. (8, 1).

bb) Plin. hist. nat. XVI 6.

cc) Dig. XLIII 28: de glande legenda. Tertio quoque die, sagt der Prätor, das kann nach dem ungleichen Sprachgebrauch der Römer (§ 199 Note n), entweder den Zwischenraum von einem, oder von zwei Tagen begreifen; das erste entspricht theils der gewöhnlicheren Redeweise, theils giebt es hier das natürlichere und der Sache angemessenere Resultat.

dd) Dig. XLVII 3: de tigno iuncto. Die Stelle der XII Tafeln lautet nach der Restitution Huschke's (aus Festus vv. tignum und sarpiuntur): Tignum iunctum aedibus vineave sei concapit, ne solvito — neque vinea sarpta quandoque, donec dempta erunt, tigna vindicito. Huschke ad l. XII tab. de tigno iuncto commentatio 1837, vgl. Puchta über die a. de t. i., Kleine civil. Schriften 1851 S. 392 ff.

ee) Schon die XII Tafeln enthielten dieses Verbot Cic. de legib. II 23. Unter den Imperatoren wurde es auf das ganze Reich ausgedehnt L. 3 § 5 D. de sepulcro viol. (47, 12) Paul. I 21, 2. 3. Noch in die Rubrik der vorher erwähnten Beschränkungen dagegen gehört das Verbot der Zwölf Tafeln, einen Todten näher als sechzig Fuß an fremden Gebäuden ohne Zustimmung des Eigenthümers zu verbrennen Cic. de leg. II 24.

ff) Diese Speculationen hatten seit August sehr überhand genommen, da an vielen älteren Gebäuden Kunstwerke waren, die getrennt davon mehr Liebhaber fanden; der Senat fand sich dadurch bewogen, mit jenem Verbot dagegen einzuschreiten L. 52 D. de contr. emt. (18, 1) L. 41 § 1. 8. 9 D. de leg. I (30) L. 48 D. de damno inf. (39, 2), s. Bd. I § 108 Note b.

thümer, wo er nicht dadurch beschädigt wird, die Aufsuchung von Mineralien gegen Zusicherung von einem Zehntheil des Ertrags gestatten muß.[gg])

Es liegt in der Natur des Eigenthums, als der vollen und unbedingten Herrschaft über die Sache, daß es veräußert werden kann, sowohl gänzlich, durch Aufgeben des Eigenthums und Uebertragung an einen Andern, als partiell durch Absonderung eines Bestandtheils, deren Resultat eine Beschränkung ist, die der Eigenthümer seinem Recht auferlegt (§ 243). Aber auch diese Befugniß zu veräußern kann durch rechtliche Vorschrift beschränkt sein, es giebt Eigenthümer, denen die Veräußerung verboten ist, mit der Wirkung der Nichtigkeit eines solchen Versuchs, Verbote, durch die das Recht die Ansprüche gewisser Personen sichern will, an welche künftig die Sache fallen soll.[hh])

CCXXXII. Aus der Totalität des Eigenthums folgt, daß nicht Mehrere Eigenthümer derselben ganzen Sache sein können. Kommen daher mehrere Eigenthümer derselben Sache vor, — wobei wir von dem Fall absehen müssen, wo jedem ein körperlicher Theil gehört, da es hier in der That um verschiedene Sachen sich handelt, die nur noch äußerlich zusammenhängen (Eigenthum pro diviso § 231, 1), — so kann dieß nur so gedacht werden, daß das Eigenthum eines jeden sich auf einen ideellen Theil ausschließlich bezieht, der diesem Eigenthümer allein gehört, nur daß sich, da der Theil bloß iuris intellectu besteht, seine Grenzen nicht an der Sache selbst, also körperlich, aufzeigen lassen, (§ 222).[a]) Dieses Verhältniß heißt Miteigenthum, Condominium. Keiner der Miteigenthümer kann daher für sich allein und ohne Zustimmung der andern eine Verfügung mit der Sache vornehmen, welche die Sache selbst (ganz oder zu einem körperlichen Theil) afficirt,[b]) dagegen ist auch jedem das Recht gegeben, die Aufhebung dieses Verhältnisses, also die Theilung, die Verwandlung des Eigenthums pro indiviso in ein Eigenthum pro diviso zu fordern.

In dem Eigenthum ist auch das Recht enthalten, die Sache zu besitzen, ja der Besitz als die totale factische ist eben von dem Standpunkt des Eigenthums aus die Ausübung dieses als der totalen rechtlichen Unterwerfung. Ist der Eigenthümer Besitzer, so ist Recht und Factum vereinigt, ist ihm der Besitz entzogen, so ist das Eigenthum verletzt, es wäre denn, daß der Besitzer ein anderes, gegen das Eigenthum wirksames Recht auf den Besitz hätte, ein Recht, welches dem Eigenthum nicht weicht, z. B. als Pfandgläubiger. Jene Verletzung veranlaßt den Anspruch auf gerichtlichen Schutz des Eigenthums, die

---

gg) L. 3. 6 C. de metall. (11, 6).

hh) So das Verbot der Veräußerung des fundus totalis durch den Ehemann, der vermachten Sache durch den mit dem Vermächtniß Onerirten, auch wenn er für jetzt Eigenthümer derselben ist. [Die ältesten, freilich vorübergehenden Veräußerungsverbote enthielten die leges agrariae Bd. I § 72: die lex sempronia Appian. B. C. I 27, iulia id. III 2, 7. R.]

a) L. 5 § 15 D. commod. (13, 6).

b) L. 28 D. comm. divid. (10, 3). Die Reparatur eines gemeinschaftlichen Hauses macht eine Ausnahme, die durch eine oratio D. Marci im öffentlichen Interesse eingeführt worden ist. Jeder Theilhaber kann die nöthige Reparatur vornehmen, seine Auslagen müssen ihm von den andern Theilhabern pro rata innerhalb vier Monaten ersetzt werden, und zwar mit Zinsen zu 12 Procent. Die Verzinsung hört mit diesem Termin auf, zugleich aber gehen, wenn er will, die Eigenthumsantheile der Säumigen auf ihn über L. 4 C. de aedif. priv. (8, 10) L. 52 § 10 D. pro soc. (17, 2). Die Verordnung hängt mit andern, die Darlehen zur Wiederherstellung von Gebäuden begünstigenden zusammen L. 24 § 1 D. de reb. auct. iud. poss. (42, 5), L. 1 D. in quib. caus. pignus tacite contr. (20, 2); sie scheinen durch einen Austritt der Tiber, der damals einen großen Schaden an Gebäuden angerichtet hatte, veranlaßt zu sein Capitolin. Marc. 8.

Eigenthumsklage, und bestimmt zugleich den Beklagten, der eben der Besitzer ist.[c])

Die Eigenthumsklage wegen Besitzentziehung heißt vindicatio rei. Sie setzt daher voraus, daß der Kläger nicht Besitzer ist,[d]) und davon läßt sich nicht wohl eine Ausnahme denken.[e]) Daher kann die Klage auch nicht gegen den natürlichen Besitzer von dem, in dessen Namen jener besitzt, so lange dieß wirklich der Fall ist, angestellt werden, nur freilich steht es hier in dem Belieben des Eigenthümers, dieses Hinderniß durch den animus non possidendi zu entfernen.[f]) Der Beklagte ist der Besitzer, und es ist gleichgültig, aus welcher Causa er besitzt; die Causa kann ihm vielleicht eine Exceptio geben, z. B. wenn er als Faustpfandgläubiger das Recht zu besitzen behauptet, aber von der Uebernahme der Klage befreit sie ihn nicht; es ist auch nicht nöthig, daß er sich selbst das Eigenthum zuschreibt. Denn schon die Thatsache seines Besitzes selbst verletzt das Eigenthum. So kann es denn auch keinen Unterschied machen, ob er juristischer oder natürlicher, Besitzer in eignem oder in fremdem Namen ist. Es gab indessen einige römische Juristen, unter ihnen Pegasus, die behaupteten, nur der juristische Besitzer könne belangt werden, eine Ansicht, die

---

c) L. 25 D. de O. et A. (44, 7): — in rem actio (in diesem besonderen Sinn) est, per quam rem nostram, quae ab alio possidetur, petimus, et semper adversus eum est, qui rem possidet —. Die Selbsthülfe durch gewaltsame Wegnahme der Sache ist verpönt, der Eigenthümer soll das Eigenthum dadurch an den Besitzer, gegen den er statt des gerichtlichen jenen Weg eingeschlagen hat, verwirken, ist er nicht einmal wirklich Eigenthümer, den Werth der Sache als Strafe entrichten, in beiden Fällen hat der gewaltsam entsetzte Besitzer eine Klage auf Wiedererlangung des Besitzes, L. 7 C. unde vi (8, 4).

d) § 2 I. de action. (4, 6) L. 1 § 7 D. uti possid. (43, 17). Daher konnte sogar die Frage entstehen, ob der Besitzer, wenn er die Sache vindicire, nicht eben damit den Besitz aufgegeben habe, was nur darum geleugnet wird, weil aus der Anstellung der Klage doch nicht mit Sicherheit auf einen wirklichen animus non possidendi geschlossen werden kann L. 12 § 1 D. de adqu. poss. (41, 2).

e) Dessenungeachtet sagt § 2 I. de action., Eine Ausnahme komme vor: — sane uno casu qui possidet, nihilominus actoris partes obtinet, sicut in latioribus digestorum libris opportunius apparebit. Sicherlich bezieht sich dies auf die Theorie von dem gleichzeitigen Besitz Mehrerer an derselben Sache, von welcher auch in den Digesten noch Spuren vorkommen, obwohl sie in einer Stelle auf das Entschiedenste verworfen ist (§ 229). Dem Geber eines Precariums läßt sich die rei vindicatio nicht absprechen, nach L. 15 § 4 D. de precar. (43, 26) soll er aber noch Besitzer sein. Ja L. 3 pr. D. uti possid. (43, 17) erklärt aus jener falschen Theorie heraus: wenn ich ex iusta causa besitze (also z. B. als Eigenthümer), mein Gegner vi oder clam, aber nicht von mir, so hat das interdictum uti possidetis keine Wirkung, neuter nostrum vincetur; also bin ich auf die rei vindicatio verwiesen, und besitze doch, nämlich nach jener Theorie. Dieß ist also der unus casus, der in den Digesten steht; daß er nur nach einer verworfenen Ansicht existirt, kann seine Anführung in den Institutionen nicht auffallender machen, als die Aufnahme jener Stellen in den Digesten. [Die bisherigen Ansichten über die Institutionenstelle hat zuletzt recensirt Francke probabilium de uno casu etc. part. I 1839, der selbst an der Auffindung der den Verfassern der Inst. vorschwebenden Pandectenstelle verzweifelt, und daher glaubt, es sei irgend ein Fragm. gemeint, das nachher nicht aufgenommen worden sei. Fritz, über den im § 2 I. de act. erwähnten unus casus, Zeitschr. für Civilrecht und Proceß, neue Folge I Num. 2 (1844) kehrt zu der Ansicht des Accursius zurück, nach welcher der unus casus der in L. 9 D. de R. V. (6, 1), L. 7 pr. D. usufr. quemadm. (7, 9) erwähnte Fall ist, wenn der juristische Besitzer, der durch einen Andern besitzt, gegen diesen die Vindication anstellt. Dagegen versucht Zimmermann, das. XI 8, eine Beziehung auf den fictus possessor, wogegen sich wieder Fritz, das. XVIII 21, XIX 1, erklärt, Bekker Jahrb. III S. 130 f. auf das liberale iudicium, Andere wieder anders, vgl. Bangerow § 332 a. E. Eher würde die für Institutionen geradezu unverantwortliche Dunkelheit der Stelle verschwinden durch die Zurückführung derselben auf die Negatoria, für die sich schon Cujacius entschied, vgl. Schrader ad § 2 I. cit. R.]

f) Daher die Vindication z. B. gegen den Usufructuar (unter dieser stillschweigenden Voraussetzung) zugelassen wird L. 7 pr. 12 D. usufr. quemadm. cav. (7, 9).

ohne Zweifel von den Meisten verworfen wurde.[g]) Vielleicht war dieß eine Lehre, die sich aus der Nothwendigkeit der Contravindication bei der Legis Actio herschrieb, wobei auch der Beklagte die Sache sein nannte (§ 161), oder man ging überhaupt von der Idee aus, die Veranlassung der Klage sei ein Streit um das Eigenthum, das sich jede Partei zuschreibe (wobei übrigens nicht einmal jeder juristische Besitzer als der geeignete Beklagte erscheinen würde), statt sie der Wahrheit gemäß in der Verletzung des Rechts zu suchen. Der Grundsatz, daß der natürliche Besitzer belangt werden kann, ist auch durch das Gesetz Constantin's nicht aufgehoben worden, nach welchem bei unbeweglichen Sachen der belangte Detentor den anzeigen soll, in dessen Namen er besitzt (s. g. nominatio oder laudatio auctoris), damit dieser herbeigezogen werde, um statt seiner die angestellte Klage bei demselben Gericht zu übernehmen.[h]) Denn die Klage wird nicht zurückgewiesen, es tritt nur der für die definitive Beendigung des Rechtsstreites geeignetere Vertheidiger in den erhobenen Proceß ein.

Uebrigens kann niemand unbedingt genöthigt werden, die Klage zu übernehmen, sofern er nur als Besitzer belangt wird. Wenn er erklärt, er besitze nicht (oder wenn er die vorgeschriebene Caution[i]) zu geben verweigert), so wird der Kläger in den Besitz gesetzt, und jener ist somit von der Klage frei.[k]) Umgekehrt kann jemand die Klage übernehmen, ohne Besitzer zu sein, indem er sich für den Besitzer ausgiebt, und dem zu Folge litem mit dem Kläger contestirt. Ein solcher „qui liti se obtulit" haftet eben so, wie wenn er Besitzer wäre, und die Klage hat gegen ihn denselben Verlauf.[l]) Seit Hadrian, der durch ein S. C. (von den Neuern Iuventianum genannt) festsetzte, daß in hereditatis petitionem dolus praeteritus veniat, ist durch Uebertragung dieser Bestimmung auf die rei vindicatio auch für diese der Rechtssatz geltend gewor-

---

g) L. 9 D. de R. V. (6, 1).

h) L. 2 C. ubi in rem. actio (3, 19). [Auf dieses Gesetz bezieht sich die Titelüberschrift im theodosischen Codex, II 5: de dominio (offenbar ist zu lesen: domino) rei quae poscitur vel consortibus ab eo, cui denuntiatum fuerit, postulandis, nach welcher die Nomination eigentlich domini postulatio heißen müßte. — Die Herbeiziehung der consortes, d. h. der übrigen Theilnehmer an demselben Landlooſe, ist von Julian wieder aufgehoben. R.]

i) [Diese war im Proceß per formulam petitoriam die cautio iudicatum solvi nach folgendem Formular: quod fundum capenatem a te (procuratore, cognitore tuo) petiturus sum, si ea res secundum me heredemve (cognitorem, procuratorem) meum a Sempronio iudice quive in eius locum substitutus erit iudicata erit, neque restituatur, aut quamdiu res defendi potuerit, boni viri arbitratu non defendatur, cui rei dolus malus aberit afuerit, quanti ea res est, tantam pecuniam dare spondes? Vgl. L. 2 § 2 D. de stip. praet. (46, 5) L. 3 pr. § 9 L. 13 § 1 L. 15. 19 § 1—L. 20. D. iud. solvi (46, 7) L. 69. 158. D. de V. S. (50, 16). Die clausula doli heißt novissima (die Schlußclausel), daraus folgt nicht, daß sie die jüngste war, wie Wetzell Vindicationsproceß S. 200 Note 1 annimmt. Auf ihr beruht die Entschädigung für argliſtiges Aufgeben des Besitzes, argliſtige Uebernahme des Processes, dolose und culpose Deteriorationen und Vernachlässigung der Früchte. Die stipulatio pro praede litis vindiciarum wich besonders am Schluß in der Erwähnung der Restitution der Sache mit doppelten Früchten ab, Paul. V 9 § 2. Im justinianischen Proceß ist die Cautio iudicatum solvi nicht mehr gebräuchlich und sämmtliche aus ihr hervorgehende Verpflichtungen sind gesetzliche. R.]

k) L. ult. D. de R. V. (6, 1), vgl. § 173 Note l. Zur Zeit der römischen Juristen geschah dieß mittelst eines dem Kläger auf Erlangung (oder, wenn er schon einmal Besitzer gewesen war, auf Wiedererlangung) des Besitzes gegebenen Interdicts: quem fundum (vgl. § 225 Note d), welches in dem von Endlicher entdeckten Institutionenfragment Ulpian's und in fragm. vat. 92 vorkommt. Vgl. Rudorff, über das interdictum quem fundum und die demselben nachgebildeten Rechtsmittel, Zeitschr. für gesch. Rechtswiss. IX 2.

l) L. 25. 26. 27 pr. D. de R. V. (6, 1). [Vgl. Francke Commentar de hereditatis petitione S. 175 ff.]

den, daß sie gegen den angestellt werden kann, der besessen und in böslicher Absicht sich des Besitzes entäußert hat: qui dolo desiit possidere; dieß soll ihn nicht von der Vindication befreien; dolus pro possessione est.[m])

Die rei vindicatio hat die Restitution des Besitzes an den Kläger zum Zweck, aber nicht bloß die Restitution der Sache selbst, sondern der res cum omni causa, d. h. mit allem dem, was der Kläger gehabt hätte, wenn ihm ohne Proceß restituirt worden wäre.[n]) Dahin gehört der Ersatz der Beschädigungen, welche die Sache durch Schuld des Besitzers erlitten hat, anderer Nachtheile, die durch die Vorenthaltung der Sache verursacht sind,[o]) insonderheit auch Herausgabe oder Erstattung der Früchte, die der Besitzer gezogen hat, oder die hätten bezogen werden können (fructus percipiendi.)[p]) Immer kann der Kläger das verlangen, was er gehabt hätte, wenn ihm zur Zeit der Litiscontestation die Sache restituirt worden wäre, und dieß gilt sowohl von den Früchten, die ihm seit dieser Zeit vollständig werden müssen, selbst von dem bonae fidei possessor, mögen sie seit dieser Zeit erst oder auch vorher schon entstanden, aber zur Zeit der L. C. noch vorhanden gewesen sein (fructus extantes), als auch von der Sache selbst, deren Verlust oder Untergang nach der Litiscontestation also den Beklagten nicht befreit, wenn er nicht eben so auch bei dem Kläger erfolgt wäre, insbesondere haftet der Besitzer für den Untergang oder Schaden, der durch Dolus oder Culpa von ihm veranlaßt ist.[q]) Bei dem malae fidei possessor aber wird noch weiter zurückgegangen, bis auf den Anfang seines Besitzes; von dieser Zeit an haftet er für die Sache und für die Früchte, percepti und percipiendi, extantes und consumti.[r]) Siegt nun der Kläger und der Beklagte restituirt nicht nach dem Arbitrium des Richters (denn

---

m) L. 27 § 3. L. 36 pr. D. eod. L. 131. 157 § 1 D. de R. I (50, 17). Man hat diese Personen, die wie Besitzer haften, ohne es wirklich zu sein, ficti possessores genannt. [Daß der Satz älter ist, als das genannte SC., hat Francke a. a. O. S. 149 ff. nachgewiesen; dagegen wieder M. Voigt ius naturale III Note 939.]

n) L. 75 D. de V. S. (50, 16): restituere is videtur, qui id restituit, quod habiturus esset actor, si controversia ei facta non esset. — Genauer gesagt, ist diese Restitution der Zweck der Vindication bei der formula petitoria (§ 168), welche arbitraria ist, und wo in demselben Judicium über das Eigenthumsrecht und die folgeweise nothwendige Restitution entschieden wird. Anders bei der alten Vindication im Wege der Legis Actio (§ 161). Hier entschied das Judicium zunächst nur über das Eigenthum. Ging nun dieses Urtheil gegen den, welcher die vindiciae erhalten hatte, so war ein zweites nöthig, um jenem gemäß die Sache und die Früchte zu erlangen, nach den XII Tafeln wurden hier arbitri bestellt, die den der Restitution sich weigernden (oder auch sie unmöglich machenden) Beklagten in das duplum condemnirten Festus v. vindiciae [si vindiciam falsam tulit, si velit is, *qui vicit*, *praetor* arbitros tres dato, eorum arbitrio *neglecti* fructus duplione damnum decidito; nach der Restitution von Wetzell Vindicationsproceß S. 31 R.], vgl. Paul. R. S. I 13 B § 8 V 9 § 2 L. Rom. Burg. tit. 34. L. 3 D. de litigios. (44, 6) L. 1 pr. C. Th. de usur. rei iud. (4, 19). Auch bei der in rem actio per sponsionem (§ 168) war beides, Proceß über das Eigenthum und Restitutionsverfahren, getrennt, in der formula petitoria ist es vereinigt.

o) L. 81 D. de V. S. (50, 16) L. 13 D. de R. V. (6, 1).

p) L. 33 D. de R. V. (6, 1). [Pernice Labeo II (1878) S. 167 f.]

q) L. 35 D. de V. S. (50, 16) L. 13. 15 § 1. 3 L. 16. 21. 36 § 1 D. de R. V. (6, 1).

r) § 2 I. de off. iud. (4, 17) L. 22 C de R. V. (3, 32): Certum est, malae fidei possessores omnes fructus solere cum ipsa re praestare, bonae fidei vero extantes, post autem litis contestationem universos. [Eine mildere Ansicht in Rücksicht der fructus percipiendi vertheidigen für das Justinianische Recht Madai Zeitschr. für Civilr. und Proceß. XI. Num. 1. Wetzell Vindicationsproceß S. 163 u. 170, 246 f., weil in L. 2 C. eod. die strengen Bestimmungen Valentinian's L. 1 C. Th. de fruct. (4, 18) gegen den Prädo weggelassen sind. Für das ältere Recht ist die Sache außer Zweifel. Selbst vom unredlichen Besitzer konnten nur die vorhandenen Früchte vindicirt werden, die consumirten mußten ex iniusta causa condicirt werden. Seit dem S. C. iuventianum nimmt die Vindication — quia dolo desiit possidere — auch diese Condiction in sich auf. L. 15 D. de usur. (22, 1). Für die nicht percipirten Früchte (fru-

die Klage ist eine arbitraria actio), so wird er in den Werth des zu Restituirenden condemnirt, soweit nicht eine directe Befriedigung des Klägers mittelst Wegnahme der Sache durch obrigkeitliche Hülfe (die wenigstens das spätere Recht zuläßt) möglich ist und von dem Kläger vorgezogen wird. Der Werth wird aber auf verschiedenem Weg bestimmt, je nachdem die Restitution in natura 1) wegen Ungehorsams des Beklagten nicht erfolgt, oder durch seinen Dolus unmöglich geworden ist, oder 2) ihre Unmöglichkeit nicht durch seinen Dolus verursacht ist, ohne daß sie ihn jedoch von der Restitution befreit. Dort bestimmt der Kläger den Betrag seines Interesses durch Eid (iusiurandum in litem), hier muß er durch die gewöhnlichen Beweismittel dargethan werden.[s]) Wenn der Beklagte in dieser Weise die litis aestimatio bezahlt, so wird er, wenn er besitzt oder den Besitz der Sache erlangt, als Eigenthümer behandelt, nur mit Ausnahme dessen, der sich dolose des Besitzes entäußert und dadurch die Restitution in natura unmöglich gemacht hatte, doch wird auch dieser wenigstens gegen die Vindication des Klägers geschützt, wenn er nachher den Besitz wieder erhält.[t])

Den Ersatz der Verwendungen, die der Beklagte auf Sache oder Früchte gemacht, kann er durch eine exceptio doli gegen die Vindication fordern, doch hängt dieß theils von der Beschaffenheit der Verwendungen, theils von seiner Eigenschaft als Besitzer in gutem oder bösem Glauben ab. Eine dreifache Art von Verwendungen giebt es:[u]) solche, ohne die der Gegenstand nicht oder nicht in seiner Integrität existiren würde (impensae necessariae), und dahin kann auch der Kaufpreis gehören, den der Besitzer für die Sache gegeben, wenn er sie durch den Kauf dem Eigenthümer erhalten hat; solche, die wenigstens den Ertrag der Sache erhöhen (impensae utiles); alle andern, sofern sie überall der Sache zu Gute kommen, fallen unter die Classe der impensae voluptariae. Dem Dieb nun brauchen gar keine Verwendungen ersetzt zu werden, alle, die er gemacht hat, kommen dem Eigenthümer zu Gute.[v]) Ein sonstiger malae fidei possessor hat die exceptio wegen impensae necessariae, wegen der übrigen hat er nur das Recht, sie wieder wegzunehmen, soweit dieß ohne Nachtheil für den früheren Zustand der Sache möglich ist, und selbst dieß kann der Eigenthümer verhindern durch den Ersatz des Werths, den sie nach der Wegnahme haben.[w]) Der bonae fidei possessor endlich hat die exceptio wegen impensae necessariae und utiles, doch mit Anrechnung der von ihm gewonnenen (also vor der Litiscontestation consumirten) Früchte, in Beziehung auf impensae voluptariae hat auch er nur jenes ius tollendi.[x])

---

ctus neglecti) haftet der Besitzer nur in der Erbschafts-, nicht in der Eigenthumsklage per formulam petitoriam. Erst nach der Litiscontestation tritt vermöge der clausula doli (Note i) eine strengere Verpflichtung beider Besitzer ein. Selbst der b. f. possessor haftet jetzt, da er dolum malum abesse *et afuturum esse* cavirt, auch für die Früchte, welche er bis zum Urtheil hätte ziehen können, wenn er den Besitz der Hauptsache nicht während des Processes aufgegeben hätte, L. 33, vgl. L. 79 D. de R. V. (6, 1), der unredliche Besitzer sogar für die, welche der Kläger gewonnen haben würde. L. 62 § 1 D. de R. V. (6, 1). Die Frage: ob auf den Kläger oder den Beklagten gesehen werden müsse? Heimbach Lehre von der Frucht S. 168—170. 174, hätte gar nicht gestellt werden sollen. Die Behauptung: die Früchte müßten vorhanden gewesen sein, würde consequent zu einer Verpflichtung des Besitzers führen, für die Ernte, nicht aber für die Saat einzustehen: Savigny System VI S. 116. R.]

s) L. 68 D. de R. V. (6, 1). *t*) L. 46. 47. 63. 69. 70 D. eod.

u) Vgl. L. 1—7. 14 D. de impensis in res dot. (25, 1) L. 79 D. de V. S. (50, 16). [Pernice Labeo II (1878) S. 175 ff.]

v) L. 1 C. de infant. expos. (8, 51) L. 13 D. de cond. furt. (13, 1).

w) L. 5 C. de R. V. (3, 32) L. 38 D. eod. (6, 1).

x) L. 27 § 5 L. 28. 29. 38. 48 D. eod.

Mit der Klage, von der bisher die Rede war, ist der Schutz des Eigenthums noch keineswegs erschöpft. Die Vindication der Sache setzt eine Entziehung und Vorenthaltung des Besitzes voraus; es giebt noch andere Verletzungen des Eigenthums, diese fordern, daß eine zweite Eigenthumsklage neben jene tritt. Es kann sein, daß jemand etwas mit der Sache vornimmt, wodurch er nicht wie bei dem Besitz das Eigenthum überhaupt, aber die von dem Eigenthümer behauptete Unbeschränktheit desselben, die libertas rei, angreift, z. B. er maßt sich an, über das Grundstück zu gehen, oder sonst partiell auf die Sache einzuwirken. Nun giebt es Rechte, die eine Beschränkung des Eigenthums in dieser Art enthalten (die Servituten), daher klagt der Eigenthümer, der die Unbeschränktheit seines Eigenthums gegen solche Anmaßungen vertheidigen will: daß dem Beklagten kein Recht zustehe, dieß zu thun: ius illi non esse ire agere, parietem ita proiectum in suum habere, uti frui invito se, und die Klage hat darum den Namen negativa oder negatoria in rem actio.[y]) Aus dieser Fassung der Klage darf man nicht schließen, 1) daß sie nur gegen den zulässig sei, der ein Servitutrecht zu haben behaupte, dieß ist so wenig der Fall, als die rei vindicatio nur gegen den geht, der sich das Eigenthum zuschreibt, so wie hier der Besitz, so genügt dort der äußere Act oder Zustand, welcher der Unbeschränktheit des Eigenthums widerspricht;[z]) 2) daß der Grund der Klage die Nichtberechtigung des Gegners sei, oder, wie man dieß wohl beschönigend ausgedrückt hat, die Unbeschränktheit oder Freiheit des Eigenthums; eine Negation (und lediglich eine solche enthält auch der letztere, nur scheinbar positive Ausdruck) kann nicht der Grund einer Klage sein; die Unbeschränktheit des Eigenthums wird durch die Negatoria vertheidigt, aber sie ist so wenig ihr Grund, als die Befugniß zu besitzen der Grund der rei vindicatio.[aa])

Der Kläger fordert mit der Negatoria Restitution, wenn die Aufhebung

---

y) Gai. IV 3 § 2 I. de action. (4, 6) L. 5 pr. D. si ususfr. pet. vel ad alium pertinere negetur (7, 6) L. 2 pr. 13. 14 § 1 D. si serv. vind. vel ad al. pert. neg. (8, 5). Man muß sie nicht verwechseln mit der Klage aus einer negativen Servitut, die eben so gefaßt ist. L. 17 § 1 D. eod.

z) [Die entgegengesetzte Meinung ist am besten vertheidigt von Schmidt (von Ilmenau), Zeitschrift für gesch. Rechtswiss. XV (1849) S. 170—175. R.] Wenn mit der Anmaßung des Beklagten zugleich eine Detention der Sache verbunden ist (wie sie bei den Personalservituten stattfindet), wird von der Causa dieser Detention die Anwendbarkeit der rei vindicatio abhängen. Detinirt der Beklagte als Usufructuar im Namen eines Andern, so ist die Vindication zulässig, nicht, wenn er im Namen des Klägers detinirt, also diesen als Eigenthümer anerkennt, es wäre denn, daß der Kläger dieses Detiniren in seinem Namen nicht genehmigte, also den animus non possidendi hätte. Die Negatoria aber ist in beiden Fällen anwendbar, denn diese kann auch der Besitzer anstellen. § 2 I. de action. (4, 6).

aa) [Dagegen paßt die Negatoria in der That nicht, wenn der Andere wirklich ein Recht hat, welches er nur gegen unsern Willen nicht ausüben darf: gegen meinen Socius z. B. kann ich nicht klagen: ius illi non esse aedificandi, oder (nach vollendetem Bau) aedificatum habere, da er als Eigenthümer so gut auf dem gemeinschaftlichen Grunde bauen darf, als ich, ich muß daher (vorher) klagen: entweder ius illi non esse *invito me* aedificandi, oder mihi ius esse *prohibendi:* L. 11, 17 pr. D. si serv. (8, 5) L. 28 D. comm. div. (10, 3) L. 21 pr. de O. N. N. (39, 1). Eben so gegen den Usufructuar, der, weil er nicht de damno infecto cavirt, seinen Nießbrauch ohne meinen Willen nicht ausüben darf: L. 5 D. si ususfr. (7, 6). Bei negativen Servituten kann übrigens auch die Confessoria dieselbe Gestalt annehmen, ich kann aus der servitus altius non tollendi gegen den Eigenthümer klagen: ius ei non esse altius aedificare und aedificatum habere *invito me* L. 2 D. de O. N. N. (39, 1) L. 17 § 1 D. si serv. (8, 5). Insofern ist Zachariä's Fassung: „die prohibitoria actio, eine Eigenthumsklage." (Zeitschr. für gesch. R. W. XII 8) zu eng. Noch weniger kann diese prohibitoria actio für eine von der Negatoria materiell verschiedene Klage gelten, wie derselbe Gelehrte auf Grund eines von ihm mitgetheilten Scholiums des Stephanus behauptet. Vgl. Schmidt a. a. O. S. 154. R. — Vgl. Steinlechner das Wesen der iuris communio II 1878 § 35.]

der Verletzung eine solche voraussetzt, z. B. Restitution der Sache, wenn der Beklagte sich den Ususfructus angemaßt hat, Entfernung der Vorrichtung, die den Kläger beeinträchtigt; und in dieser Restitution ist auch der Ersatz des Nachtheils, den der Kläger schon erlitten hat, enthalten; sodann Unterlassung künftiger Beeinträchtigung, welcher zweite Zweck durch eine Caution (Stipulation) erreicht wird, durch die der Beklagte die Unterlassung verspricht, und aus der bei wiederholter Störung der Kläger eine Klage auf die für diesen Fall versprochene Strafe oder auf das Interesse hat. Weigert sich der Beklagte auf das Arbitrium des Richters der Restitution oder Caution, so wird er dem Kläger in das Interesse condemnirt, dessen Betrag dieser durch iusiurandum in litem bestimmt.[bb])

CCXXXIII. So entspringen also aus dem Eigenthum zwei Klagen, die sich nicht in ihrem Grund, sondern in ihrer Veranlassung, und damit auch in ihrem Zweck unterscheiden. Der Unterschied der Veranlassung, wie sie im vorigen Abschnitt näher auseinandergesetzt ist, läßt sich kurz so bezeichnen: ist eine totale Verletzung eingetreten, so ist die Klage die rei vindicatio, ist die Verletzung nur eine partielle, die negatoria actio.

Da diese Klagen nicht in ihrem Grunde sich unterscheiden, so ist auch der Beweis, der dem Kläger obliegt, in beiden derselbe: der Kläger hat das Eigenthum, wenn es ihm verneint wird, zu beweisen. Bei beiden Klagen wird er, nach den Grundsätzen von der Beweislast (§ 174 Note z), wenn er diesen Beweis nicht führt, abgewiesen, wenngleich auch der Gegner nichts bewiesen hätte.[a]) Der Irrthum, gegen den vorhin gewarnt worden ist, als sei die Freiheit des Eigenthums der Grund der Negatoria, hat viele neuere Juristen zu der Behauptung verleitet, diese Freiheit, also die Nichtexistenz eines Rechts des Beklagten müsse der Kläger beweisen. Man hat nachgerade wohl die Verkehrtheit dieses Resultats eingesehen, nur hat eine Stelle der Digesten, die man ungezwungen nicht anders erklären zu können glaubte, Schwierigkeit gemacht. Diese Schwierigkeit erledigt sich durch folgende Erwägung. Auch bei der Negatoria trifft den Kläger die Beweislast, nämlich eben in Beziehung auf sein Eigenthum, wenn es der Beklagte verneint. Wenn sich daher z. B. mein Nachbar das Recht anmaßt, einen Balken in meine Mauer einzulegen, so ist es mir vortheilhaft, ihn zu nöthigen, gegen mich als Kläger (aus seinem angeblichen Servitutrecht) aufzutreten, in welchem Fall ich des Beweises meines Eigenthums überhoben bin. Ich kann ihn aber dazu nöthigen, wenn er noch nicht im Besitz jener Servitut ist. Ist er im Besitz, so bleibt mir nichts übrig, als mit der Negatoria zu klagen, und hier bin ich seiner Verneinung meines Eigenthums, und also der Beweislast ausgesetzt.[b])

Der Beweis des Eigenthums wird geführt durch den Beweis seiner Er-

---

bb) L. 7. 12. 14 pr. D. si serv. vind. (8, 5) L. 4 § 2 eod. L. 5 § 6 D. si usufr. pet. (7, 6) L. 8 C. de serv. (3, 34).

a) L. 5 pr. D. si usufr. pet. (7, 6).

b) L. 8 § 3 D. si serv. vind. (8, 5): Sed si quaeritur, quis possessoris, quis petitoris partes sustineat (vgl. § 174) sciendum est, possessoris partes sustinere, si quidem tigna immissa sint, eum qui servitutem sibi deberi ait, si vero non sint immissa, eum qui negat. Man sieht, es ist von der Beweislast (und zwar in dem vorzüglichen Sinn: wen zuerst die Beweislast treffe) die Rede, mit keinem Wort aber davon, was bewiesen werden müsse. Man hat sich noch auf eine andere Stelle berufen: L. 15 D. de O. N. N. (39, 1); diese würde sich auch wohl auf ähnliche Weise erklären lassen, aber sie handelt überdieß gar nicht von der Negatoria, s. noch unten § 253 a. E.

werbung (§ 174 Note bb), also einer Erwerbsart mit allen den Momenten, welche für ihre Wirksamkeit, den Kläger zum Eigenthümer zu machen, erforderlich sind, soweit sie nicht vermuthet werden. Der gewöhnlichste Fall der Erwerbung des Eigenthums ist die derivative, Erwerbung durch Succession (§ 198), hier hat der Kläger nicht bloß den Successionsact mit seinen Erfordernissen, z. B. die Mancipation, die Tradition mit ihrer Causa (Kauf, Schenkung ꝛc.), die Erbfolge u. s. f., sondern auch das Eigenthum dessen, von dem er das seinige ableitet (seines Auctors), zu beweisen, und bei diesem Beweis kann sich dasselbe wiederholen, so daß er auf das Eigenthum des Auctors seines Auctors zurückgehen muß und so weiter fort. Dieß macht nun den Beweis des Eigenthums nicht bloß schwierig, sondern es würde ihn unter Umständen, ja in dem meisten Fällen, da die gewöhnlichsten Erwerbsarten Successionen sind, unmöglich machen, und ein Eigenthümer würde fast nie seines Eigenthums sicher und froh werden können, wenn nicht eben zu diesem Zweck eine eigene Erwerbsart bestünde, welche einen solchen Mangel der übrigen zuzudecken im Stande ist: die Ersitzung oder Usucapion.[c]) Wer die Sache unter gewissen Voraussetzungen, die für die Eigenthümer stets vorhanden und unschwer erweislich sein werden (ja unter Umständen bedarf es gar keiner weiteren Voraussetzungen), eine gewisse Zeit hindurch ununterbrochen besessen hat, der soll schon darum Eigenthümer sein, er bedarf keiner Ableitung seines Rechts von dem Eigenthum eines Andern mehr, er hat seinen Beweis vollständig geführt, wenn er die Usucapion bewiesen hat.[d])

Diese wichtige Erleichterung des Eigenthumsbeweises setzt nun aber freilich den Ablauf der Zeit und die ununterbrochene Fortsetzung des Besitzes während derselben voraus. Sie nützt dem nichts, der in dem Fall ist, die Eigenthumsklage vor der Vollendung der Usucapion anzustellen. Aber auch dafür ist, soweit es gerecht erschien, gesorgt worden. Der Prätor nämlich hat dem, welcher die Usucapion angefangen, aber noch nicht vollendet hat, eine Klage gegeben, bei welcher der Richter angewiesen wird, unter jener Voraussetzung ganz so zu verfahren und zu urtheilen, wie wenn der Kläger die Usucapion vollendet, also sein Eigenthum bewiesen hätte. Diese Klage heißt von ihrem Urheber publiciana in rem actio.[e]) Sie hat Veranlassung und Zweck, und daher auch die Grundsätze über den Beklagten mit der Eigenthumsklage gemein, und ist insofern geeignet, diese zu ersetzen,[f]) denn sie ist nichts anderes als die Eigenthumsklage, durch Fiction auf die bonae fidei possessio ausgedehnt. Ihr Unterschied, und damit auf der einen Seite ihr Nutzen, auf der andern eine Beschränkung ihrer Wirksamkeit, liegt in ihrer Begründung, daher auch in dem Beweis, der dem Kläger obliegt.

---

c) L. 1 D. de usurp. (41, 3): Bono publico usucapio introducta est, ne scilicet quarundam rerum diu et fere semper incerta dominia essent —.

d) Das neuere Recht hat die Usucapionszeiten verlängert, dagegen hat es auf der andern Seite ihre Vollendung erleichtert durch eine allgemeinere Zulassung der accessio possessionis, s. unten § 239.

e) Dig. VI 2: de publiciana in rem actione. Das Edict lautet in den Digesten so: Si quis id, quod traditur ex iusta causa, non a domino et nondum usucaptum petet, iudicium dabo. Die Formel der Klage giebt Gaius IV 36: si quem hominem A. A. emit et is ei traditus est, anno possedisset, tum si eum hominem d. q. a. eius ex iure quiritium esse oporteret —. [In der Vindication war die causa petendi nicht ausgedrückt § 165 q. R.]

f) L. 7 § 8 D. de publ. act. (6, 2): In publiciana actione omnia eadem erunt, quae et in rei vindicatione diximus.

An die Stelle des Eigenthums tritt bei ihrer Begründung der Usucapionsbesitz, nach dem prätorischen Edict der durch Tradition erworbene (Note e), nach der Interpretation desselben jeder Usucapionsbesitz,[g]) ja wenn irgend eine Eigenthumserwerbsart von der Beschaffenheit ist, daß sie die Erwerbung des Besitzes nicht erheischt, so wird die Klage, auch ohne daß der Kläger je Besitzer war, gegeben,[h]) nur darf die Sache nicht eine von der Erwerbung durch Usucapion ausgeschlossene sein.[i]) Der Kläger braucht nur den Erwerb des Besitzes mit einer iusta causa, die zur Usucapion berechtigt, zu beweisen, überhaupt einen Act, der an sich geeignet ist, zum Eigenthümer zu machen (das Hinderniß der mala fides und der Usucapionsunfähigkeit der Sache muß der Beklagte beweisen, wenn er es behauptet), dadurch ist die Klage wichtig nicht bloß für den, dessen Eigenthum unerweislich ist, sondern auch für den, der ebenfalls sein Eigenthum beweisen könnte, hier aber auf eine weniger umständliche Art zu demselben Ziel, wie mit der Eigenthumsklage, gelangt.

Aber führt die Publiciana auch stets zum Ziel, wie die Eigenthumsklage? Wäre dieß der Fall, so würde diese durch jene gänzlich absorbirt, es könnte von einer Eigenthumsklage nicht mehr die Rede sein.[k]) Dem ist nicht so. Vor allem ist die Wirksamkeit der Publiciana darin geringer, daß der (als Kläger oder Beklagter) Ueberwundene gegen seinen Gegner noch mit der Eigenthumsklage auftreten kann, ohne daß ihm die exceptio rei iudicatae entgegensteht, eben weil der Richter nicht über das Eigenthum gesprochen hat. Aber auch in Beziehung auf die nächste Wirkung, die Verurtheilung des Beklagten, steht sie zuweilen gegen die Eigenthumsklage zurück. Es sind drei Fälle zu unterscheiden:

1) Ist der Beklagte weder Eigenthümer noch Usucapionsbesitzer, so ersetzt sie vollkommen die Eigenthumsklage, man kommt mit ihr eben so gut zum Ziele, als mit dieser.

2) Ist der Beklagte Eigenthümer, stellt er also die exceptio: si ea res possessoris non sit (exceptio dominii) entgegen und beweist sie, so wird der Kläger abgewiesen;[l]) aber darum kann man nicht sagen, daß die Publiciana weniger wirksam ist, als die Eigenthumsklage, denn auch wenn der Kläger diese angestellt, sein Eigenthum bewiesen, der Beklagte aber den Gegenbeweis geführt hätte, daß er selbst Eigenthümer sei, so würde jener eben so wie dort abgewiesen worden sein. Ja es kann sein, daß er mit der Publiciana ungeachtet

---

g) L. 1 § 2 L. 3 pr. 13 pr. D. eod. So wird in L. 7 § 2 eod. daraus, daß, wer von einem Furiosus kaufe, ohne Kenntniß seines Wahnsinns, usucapiren könne (s. unten § 239 Note cc) als nothwendig gefolgert, daß er auch die Publiciana habe. Damit steht denn auch nicht in Widerspruch L. 2 § 16 D. pro emt. (41, 4), wo derselbe Fall dahin entschieden wird, daß der Wahnsinnige, weil der Kauf nichtig sei, nicht als Actor des Besitzers betrachtet werden könne, und dieß wird angewendet auf die Eviction, für die er nicht haftet, auf die Publiciana, gegen die er die exceptio dominii hat, auf die accessio possessionis, die aus seiner Person nicht stattfindet. Daraus ergiebt sich, daß in dieser Stelle von der Berechtigung zur Publiciana überhaupt (also auch gegen einen Dritten) gar nicht die Rede ist.

h) L. 12 § 1 D. de publ. act. (6, 2).

i) L. 9 § 5 D. eod. Wenn nur die eigentliche Usucapio ausgeschlossen, wohl aber die longi temporis possessio anwendbar ist, so findet die Publiciana Statt L. 12 § 2. 3 eod.

k) Es verdient fast nicht bemerkt zu werden, daß einige Schriftsteller eine solche vollständige Identität der Publiciana und der Eigenthumsklage für das justinianische Recht wirklich behauptet haben, aus einer erdichteten Geschichte des Eigenthums und einer falschen Interpretation einzelner Stellen (z. B. der in Note f citirten) heraus, die kaum unwissender und verkehrter gedacht werden kann.

l) L. 17 D. de publ. act. (6, 2).

der exceptio dominii durchdringt, wenn er nämlich eine Replik hat, mit der er dieſe entkräften kann. Dieß iſt der Fall, wenn der Kläger (oder ſein Auctor) die Sache von dem Beklagten (oder deſſen Auctor) gekauft hatte, der damals nicht Eigenthümer war, aber es nachher geworden iſt, hier hat er gegen die exceptio dominii deſſelben die replicatio rei venditae et traditae.[m]) So können ihm noch andere Gründe, aus denen der Eigenthümer verpflichtet iſt, ihm die Sache zu laſſen, die replicatio doli geben, und daher der Publiciana ihren Erfolg ſichern.[n]) Hier iſt die Publiciana ſo weit entfernt, geringere Wirkung zu haben, als die Eigenthumsklage, daß vielmehr nur jene zum Ziel führt, denn würde der Kläger die letztere anſtellen, ſo müßte er, da er das Eigenthum nicht beweiſen kann, abgewieſen werden, wenngleich die Berufung des Beklagten auf ſein Eigenthum zu beſeitigen geweſen wäre.[o])

3) Iſt der Beklagte ſelbſt Uſucapionsbeſitzer, ſo ſiegt der Beſitzer, der Publiciana ſteht die exceptio bonae fidei possessionis entgegen (in pari causa melior est condicio possidentis). Der Eigenthumsklage nicht, daher vertritt hier jene Klage keineswegs die Stelle der rei vindicatio. Doch giebt es einen Fall, wo die exceptio durch eine Replik beſeitigt werden kann: wenn beide ihren Uſucapionsbeſitz von demſelben non dominus ableiten, und der Kläger ihn früher erhalten hat. Er würde hier gegen jenen non dominus ſelbſt mit einer Replik geſchützt werden, und dieſe muß ſich auch deſſen Succeſſor gefallen laſſen.[p])

CCXXXIV. Bei Feldgrundſtücken nimmt der Eigenthumsſchutz unter gewiſſen Umſtänden eine beſondere Geſtalt an. Dieß iſt der Fall, wenn die Grenzen anſtoßender Güter beſtritten ſind; es iſt dafür eine eigene, aus den Zwölf Tafeln ſtammende Klage beſtimmt, welche die Vindication erſetzt: die actio finium regundorum.[a])

Die rei vindicatio kann nicht bloß wegen eines ganzen Fundus, der im Beſitz eines Andern iſt, angeſtellt werden, ſondern auch wegen eines einzelnen

---

m) L. 4 § 32 D. de doli exc. (44, 4) L. 2 D. de exc. rei vend. (21, 3).

n) L. 28 D. de noxal. act. (9, 4).

o) — actore enim non probante qui convenitur, etsi nihil ipse praestat, obtinebit L. 4 C. de edendo (2, 1) vgl. L. 5 pr. D. si ususfr. pet. (7, 6). Auch ſetzt die replicatio doli eine *exceptio* dominii voraus, die Behauptung des mit der Eigenthumsklage Belangten aber, daß er, nicht der Kläger, Eigenthümer ſei, iſt keine Exceptio, ſondern eine Negation, vgl. § 170 Note bb.

p) Ulpian. L. 9 § 4 D. de publ. act. (6, 2) nach Julianus. Eine andere Theorie ſtellt der Proculianer Neratius auf L. 31 § 2 D. de act. emti (19, 1), dieſer will ſtets die Priorität des Beſitzes entſcheiden laſſen, eine Anſicht, die in der That keinen innern Grund für ſich hat. In der erſten Stelle iſt übrigens ein möglicher Fall nicht entſchieden, wenn nämlich die zwei von verſchiedenen non domini ihr Recht herleitenden zu gleicher Zeit gegen einen dritten Beſitzer klagen wollen und nun die Frage entſteht, mit welchem von ihnen dieſer ſich einlaſſen müſſe. Für die Entſcheidung dieſer Frage glaubt man nun von der Anſicht des Neratius Gebrauch machen zu können. Dieß wäre aber wohl nicht anders zuläſſig, als wenn dafür nicht eine weniger willkürliche Entſcheidung gewonnen werden könnte. In dieſer Extremität befinden wir uns nicht, da es gar nicht nothwendig iſt, einem von beiden den Vorzug zu geben. Bleiben wir bei dem Grundſatz ſtehen, daß jeder gleiches Recht hat, ſo kann der Beſitzer von keinem zur Einlaſſung genöthigt werden, wenn er nicht von ihm gegen die Möglichkeit einer doppelten Condemnation ſicher geſtellt wird. Um dieß zu bewirken, muß einer den andern abfinden, geſchieht dieß nicht, ſo iſt jeder zurückzuweiſen und der zu erwarten, welcher mit der rei vindicatio aufzutreten vermag.

a) Zuletzt hat dieſen Gegenſtand behandelt und neue Aufſchlüſſe darüber gegeben Rudorff über die Grenzſcheidungsklage, Zeitſchrift für geſch. Rechtswiſſ. X 7. [Schriften der röm. Feldmeſſer II (1852) S. 433—445.]

Stücks desselben (eines locus § 223 a. A.), das aber, indem es zum Gegenstand einer selbständigen Vindication gemacht wird, selbst den Charakter eines Fundus erhält.[b]) Diese Vindication setzt jedoch voraus, daß eine bestimmte Begrenzung desselben angegeben wird. Der Kläger also, welcher behauptet, eine gewisse Stelle, die sein Nachbar als Theil seines Guts behandelt, gehöre vielmehr zu dem seinigen, sei also sein Grundstück, müßte dieses Stück bei der Vindication ganz genau bestimmen, und wenn er etwa zu viel angegeben hätte, würde er abgewiesen werden müssen, und hätte damit auch den Anspruch auf das ihm wirklich Gebührende verloren.[c]) Jener Anforderung zu genügen, wird aber bei Grenzstreitigkeiten dem, der sich durch Uebergriffe seines Nachbars für beeinträchtigt hält, sehr häufig nicht möglich sein, um daher solche Usurpationen durch Beschränkung des Verletzten auf die unter diesen Umständen mißliche Vindication nicht zu begünstigen, hat das Recht eine Klage wegen eines seinem Umfange nach noch unbestimmten Locus gegeben,[d]) und diese ist die actio finium regundorum, wie wir sie in den justinianischen Rechtsbüchern dargestellt finden.

Das iudicium finium regundorum findet Statt, wenn die Grenzen zwischen anstoßenden Feldgrundstücken (das confinium praediorum rusticorum) bestritten sind. Es fällt weg, wenn sie durch einen öffentlichen Weg oder Fluß geschieden sind.[e]) Der Zweck ist vor allem die Herstellung der wahren Grenzen, insofern vertritt die Klage die Vindication,[f]) wenn sie sich aber nicht nachweisen lassen, so hat der Richter das bestrittene Stück als gemeinschaftlich zu betrachten und wie bei einer andern Theilungsklage durch Adjudication zu theilen, womit sich auch Condemnationen wie bei den übrigen Theilungsklagen verbinden können (§ 167).[g]) Das Judicium ist daher auch duplex, keine Partei trifft vorzugsweise das onus probandi, und jede kann condemnirt werden (§ 175 Note d). Aber dieser Ausgang des Judiciums, daß der Richter das ungewisse Stück theilt und somit neue Grenzen constituirt, ist nur das äußerste, ohne größeren Nachtheil nicht zu umgehende Mittel, das Durchhauen des Knotens, der sich auf andere Art nicht lösen läßt. Die Ermittelung der wahren Grenzen ist die erste und eigentliche Aufgabe des Richters. Diese zu erleichtern, werden Einrichtungen getroffen werden, welche bestimmt sind, die Grenzen zu sichern, sie erkennbar zu machen, ihre Wiederauffindung, wenn eine Verdunkelung eingetreten ist, zu unterstützen. Auf dieses Bedürfniß nahmen die Römer von frühester Zeit an durch Gebrauch und Begünstigung künstlicher Grenzen Bedacht, die Grenzen zu bezeichnen, zu sichern, und zu ihrer Wiederauffindung mitzuwirken, war ein besonderer Beruf, die sich ihm unterzogen, hießen finitores, mensores, später agrimensores.[h]) In Folge dieser Ein-

---

b) L. 60 pr. D. de V. S. (50, 16).

c) L. 7 pr. D. de exc. rei iud. (44, 2): Si quis quum totum petiisset, partem petat, exceptio rei iudicatae nocet —— proinde et si proponis mihi certum locum me petere ex eo fundo, quem petii, obstabit exceptio —. Die vindicatio incertae partis, die unter Umständen gestattet wird (§ 165 Note g), bezieht sich nur auf einen ideellen Theil, nicht auf einen locus.

d) L. 60 § 2 D. de V. S. (50, 16): sed fundus quidem suos habet fines, locus vero latere potest quatenus determinetur et definiatur.

e) L. 2 pr. 4 § 10. 11 L. 5. 6 D. finium regund. (10, 1).

f) L. 1 D. eod.: Finium regundorum actio in personam est, licet pro vindicatione rei est.

g) L. 2 § 1 L. 4 § 1. 2 D. eod.

h) Rudorff a. a. O. S. 412 ff.

richtungen entstand eine eigenthümliche Beschränkung der Grenzscheidungsklage, die wir im älteren Recht finden und die nun dargestellt werden soll.

Die Grenzstreitigkeit zeichnet sich aus durch eine Theilnahme dieser Kunstverständigen bei der Untersuchung und Entscheidung. Die Anweisung dazu nimmt einen erheblichen Platz in den Schriften der Agrimensoren ein. Eine doppelte Theilnahme der Mensoren kommt vor, sie fungiren entweder als Beistände und Beiräthe der Parteien und des Richters, oder selbst als Richter, denen die Entscheidung übertragen ist.[i]) In beiden Fällen setzt ihre Theilnahme voraus, daß auf die Entscheidung Fragen ihrer Kunst Einfluß haben, ihre Function als Richter aber ließ sich nicht wohl anders als da denken, wo es lediglich auf eine Anwendung ihrer Berufskenntnisse ankam, wo die Entscheidung also von Rechtsregeln (z. B. dem Besitz, der Usucapion) ganz unabhängig war.[k])

Die Zwölf Tafeln verordneten, daß für die Grenzstreitigkeit als Richter tres arbitri gegeben werden sollten, ohne Zweifel Kunstverständige, welche die Grenzen ermitteln und feststellen rein nach den Regeln ihrer Kunst, die Berücksichtigung von Rechtsgründen, durch welche die Grenzen hätten verändert werden können, namentlich (was am nächsten lag) der Usucapion wurde deßhalb ausgeschlossen. Eine Berufung auf langen Besitz des ungewissen Stücks von einer Partei sollte in diesem Proceß nicht gehört werden, sie sollte die Herstellung des nach den Regeln der Kunst zu ermittelnden Finis nicht hindern. Die Anwendung aber dieses Grenzprocesses, der in dieser bedeutenden Weise ausgezeichnet wurde, mußte der Willkür entzogen werden, es geschah durch die Bestimmung, daß er nur intra quinque pedes stattfinden soll, dieß nennen die Agrimensoren controversia de fine; was darüber hinausliegt, bildet den Gegenstand der controversia de loco, bei welcher Kunstregeln ebenfalls zur Entscheidung beitragen, und Mensoren daher zum Beweis und Beirath zugezogen werden können, bei der aber auch Rechtsgründe (namentlich die Usucapion) zulässig, und die Mensoren daher nicht Richter sind.[l]) Die Lex Mamilia setzte einen Arbiter an die Stelle der drei,[m]) im übrigen wiederholte sie die Verordnung der Zwölf Tafeln.[n])

---

i) Frontin. p. 34, 19—35, 10 Lachm. [Cassiodor. var. III 52 agrimensori finium lis orta committitur. iudex est utique artis suae. forum ipsius agri deserti sunt — non ambulat iure communi. via est illi sua lectio — gressibus suis concertantium iura discernit u. s. w. Vgl. § 154 c. R.]

k) Die Agrimensoren bedienen sich bei dieser Frage nach den Entscheidungsgründen der Ausdrücke: rem magis esse iuris quam nostri operis (Hyginus p. 130, 1 Lachm., wo die Usucapion entscheidet), non est disciplinae nostrae iudicium (Aggen. Urb. p. 16, 20 bei dem Besitzstreit), magis prudentiae est (Aufgabe der Jurisprudenz) quam professionis (des Mensorenberufs), ad ius ordinarium pertinet, iure ordinario finitur (componitur) Frontin. p. 24, 5 p. 52, 16 non nostrum, sed forensis officii i. e. iuris civilis operam exigit. Hygin. p. 134, 9 u. s. f. Vgl. Rudorff a. a. O. S. 418 f.

l) Hygin. de generibus controv. p. 130, 1 Lachm. Frontin. de controv. p. 43, 23.

m) Dieß hängt ohne Zweifel damit zusammen, daß in dem Formularproceß überall die Einzahl an die Stelle der Dreizahl der Arbitri trat § 154.

n) Cic. de legib. I 21: — controversia nata est de finibus, in qua quoniam usucapionem XII tabulae intra quinque pedes esse noluerunt — — nec mamilia lege singuli, sed ex XII tres abitri fines regemus. Sic. Flacc. p. 144, 19 Lachm.: signantur autem (die als Grenzzeichen dienenden Bäume) utrinque, id est ex utraque possessione intra pedes quinos, ut legis mamiliae commemorationem habeant. Frontin. p. 11. 5 secundum legem mamiliam intra quinque pedes agitur, p. 12, 2 nam et eadem lege continetur et de quinque pedum agitur latitudine. Hygin. p. 126, 3 de fine si ageretur. quae res intra pedum quinque aut sex latitudinem quaestionem habet, quoniam hanc latitudinem vel iter ad

Die gewöhnliche Vorstellung von den fünf Fuß dieser Gesetze ist die, daß sie als ein Grenzrain zu verstehen seien, der (gleich dem Limes) dem Privateigenthum entzogen war und als res publica galt. Dieses letztere ist gewiß unrichtig, wie Rudorff gezeigt hat, auch gegen das erste erklärt er sich,[o]) mir scheint es bei weitem das Natürlichste, daß man durch die Vorschrift eines Grenzrains, zu dessen Herstellung jeder Nachbar $2^1/_2$ Fuß Breite unbeackert lassen mußte, die Sicherheit und Kunde der Grenze aufrecht erhielt, und einen Pfad und Raum zum Ausackern der Furche und Umkehr des Pflugs verschaffte.[p])

Das Recht der Lex Mamilia war also dieß: für das iudicium finium regundorum soll ein Mensor als Arbiter bestellt werden, und keine Berufung auf Usucapion (oder, bei Provincialgrundstücken, auf longi temporis possessio) stattfinden. Diese Behandlung der Sache aber tritt nur ein, wenn es sich um den Grenzrain, den das Gesetz zur Breite von fünf Fuß voraussetzt, handelt. Später scheint die Lex Mamilia außer Anwendung gekommen zu sein, am ersten da, wo die Sitte des Landes der Herstellung von Grenzrainen entgegen war, nach dem Recht, wie es zur Zeit der römischen Juristen galt, blieb vielleicht von den zwei Beschränkungen des Grenzscheidungsprocesses: auf praedia rustica, und auf den finis in jenem besonderen Sinn, nur die erste, wenigstens

culturas accedentium occupat, vel circumactus aratri. quod usucapi non potest: iter enim non, quia ad culturas perveniatur, capitur usu, sed id quod in usu biennio fuit. [Paul. sent. I 16 fines terrae praeter (lies per) terminos regantur (lies reguntur) ne dissipentur, dummodo non ab utroque angustiore quinque pedum loco teneantur. Isidor. orig. V 25 § 11 finium regundorum actio dicta est eo quod per eam regantur fines ne dissipentur, dummodo non angustiore quinque pedum loco ea controversia sit. Heimbach Observationes iuris Graeco-Romani I p. 54 εἰ δὲ περὶ ὅρων γῆς ἐντὸς ἑ ποδῶν οὔσης τῆς ζητήσεως, τὸ φίνιουμ ρεγουνδόρουμ τούτεστι περὶ φιλονεικίας συνόρων. εἰ δὲ περὶ πλείονος γῆς, τὴν ἐν ῥέμ ἤγουν ἀγωγὴν ἀπαιτοῦσαν πρᾶγμα ἀκίνητον, ὅπέρ τις εἶχε καὶ ἐξέπεσεν ἐξ αὐτοῦ. Also die controversia de fine allein ist actio finium regundorum, die controversia de loco ist rei vindicatio. Karlowa Beiträge zur Geschichte des röm. Civilproc. 1865 S. 142 ff.]

o) Er hält die Herstellung eines solchen Grenzrains für etwas durchaus facultatives, was sie später allerdings war, jeder hätte bis an die Grenzlinie ackern dürfen, nur habe jeder auf $2^1/_2$ Fuß Breite an der Grenze den Weg des einen Pflugstiers vom Nachbar dulden müssen. Siculus Flaccus (p. 152, 1) sagt: illud vero invenimus aliquibus locis, ut inter arva vicini *arceantur* confundere fines eoque usque aratrum perducere, ut in finibus solidam marginem non relinquant, quo discerni possint fines, also: an einigen Orten bestehe das Gebot eines Grenzrains. Ueber das Recht der Lex Mamilia ist damit nicht entschieden, aber dieser Inhalt der Stelle hat an sich etwas bedenkliches; einmal ist es auffallend, daß zu irgend einer Zeit (auch unabhängig von der außer Uebung gesetzten Vorschrift jenes Gesetzes) das Institut der Grenzraine eine solche Seltenheit gewesen sein sollte, sodann aber paßt die Wortfolge der Stelle in der That wenig zu jenem Sinn, sondern vielmehr zu dem entgegengesetzten. Darum halte ich arceantur für eine Corruption aus concedantur (vgl. über diese Construction Schulting iurispr. anteiust. p. 459). [Noch näher liegt arguantur, welches Lachmann in den Text genommen hat. Immer also bleibt die Entfernung des Grenzrains ein tadelnswerthes Beginnen. Vgl. Hyginus de generib. controv. p. 126, 13 finis enim multis documentis servabitur — aut, ut comperi aliis locis inter arva marginibus quibusdam tamquam pulvinis. pulvini sunt ex glarea Tiberis limites constituti. p. 129, 2 si marginibus: quae res oculorum est, ne quid malignitate exaretur, similiter ne quid a vicinis accersiri possit, sed marginibus coepti finitique loci inveniri possint. R.]

p) Dafür sprechen auch, weit mehr als für die Erklärung Rudorff's die Note n citirten Stellen der Agrimensoren. Auch die vorkommende Differenz von fünf und sechs Fuß stimmt damit überein: war die controversia de fine als ein den Grenzrain betreffender Streit bestimmt, so war eine locale Abweichung in der Breite wohl zuzulassen, ohne daß man dadurch den Maßstab für die Frage, was eine controversia de fine sei, verlor. Nach Rudorff's Ansicht wäre der Maßstab die abstracte Größe von fünf Fuß gewesen, von der man nicht hätte abweichen dürfen, ohne das Gesetz wesentlich zu verändern.

wird diese allein in den Ueberbleibseln der juristischen Schriften, die wir besitzen, erwähnt.[q])

Als der ordo iudiciorum privatorum abgeschafft und auch die Befugniß der Delegation von Rechtssachen an iudices pedanei beschränkt wurde (§ 182), kehrte man wieder zu der früheren Beschränkung, nur mit einer Modification in ihrer Auffassung, zurück. Constantin verordnete 331, ein Mensor als Arbiter solle nur bestellt werden können, wenn das bestrittene Stück nicht über fünf Fuß in der Breite betrage, der Proceß über ein größeres soll als Eigenthumsstreit behandelt und lediglich von dem Präses selbst entschieden werden.[r]) Diese Beschränkung hob Valentinian II 385 wieder auf, für jeden Grenzstreit, welchen Umfang auch sein Object haben möge, sind Kunstverständige als Richter zu bestellen, und bei jedem fällt die Einrede der Ersitzung weg.[s]) Sieben Jahre nachher stellte Theodosius I das constantinische Recht wieder her.[t]) Justinian aber hat das Princip des valentinianischen Gesetzes in seine Legislation aufgenommen, so jedoch, daß die Agrimensoren nur als sachverständige Gehülfen des Richters zugezogen, nicht mehr selbst als Richter bestellt werden, und daß zwar nicht der Einwand der ordentlichen, wohl aber der außerordentlichen Ersitzung von dreißig Jahren gegen die actio finium regundorum erhoben werden kann.[u]) Die Natur der actio finium regundorum stellt sich also nach justinianischem Recht so, wie sie am Eingang dieses Abschnitts gegeben worden ist, die Beschränkung auf einen Raum von gewisser Größe ist weggefallen.[v])

Geschichte des Eigenthums.

CCXXXV. Wir vermögen keinen Rechtszustand zu denken, in dem nicht auch schon der Begriff des Eigenthums, der rechtlichen Unterwerfung von den der menschlichen Herrschaft am vollkommensten und unbedingtesten hingegebenen Gegenständen, zum Bewußtsein gekommen wäre. Eine doppelte Gestaltung aber

---

q) So verstehe ich auch die corrupte Stelle des Frontin. de controv. agr. p. 43, 19 Lachm. De loco — — — haberi ordinem legis mamiliae excessum plurimum, praecipue *in agris* arcifiniis, sed nec minus in adsignatis. Cuius enim loci modum nulla forma praescribit, *si* controversia oritur *** solent quidem per imprudentiam mensores arbitros conscribere aut sortiri iudices finium regundorum causa, quando in re praesenti plus quidem quam de finium regundorum agatur. Sic fit, ut — rescindi possit, quod aut iudex aut arbiter pronuntiaverint, neque ullum commissum faciat, qui sententiam non sit secutus, quando de alia re iudicem aut arbitrum sumserint. Um diesen Punkt brauchte sich eigentlich der Mensor nicht zu bekümmern, es war die Sache dessen, der ihn bestellte; daß unser Autor dessen ungeachtet darauf eingeht, darf nicht wundern, da es zu allen Zeiten die Neigung der in rechtlichen Angelegenheiten gebrauchten Kunstverständigen war, aus ihrem Gebiet in die eigentlich juristischen Fragen überzugreifen.

r) L. 3 C. Th. fin. reg. (2, 26).

s) L. 4 C. Th. eod.

t) L. 5 C. Th. eod.

u) Von dem valentinianischen Gesetz (Note s) ist nur der erste Satz (Quinque pedum praescriptione summota, finalis iurgii vel locorum libera peragatur intentio), das theodosische aber (Note t) ist ganz umgestaltet aufgenommen L. 5. 6. C. fin. regund. (3, 39). — Auch die Verfasser des westgothisch-römischen Gesetzbuchs haben das constantinische Recht verworfen, indem sie überhaupt nur Ein Gesetz des Titels finium regundorum aufgenommen haben (L. 2 unserer Ausgaben), die übrigen sind nur in der Sammlung der Agrimensoren erhalten, und daraus in die Ausgaben des Cod. theod. recipirt worden. [Die quinque pedum praescriptio faßt Alciat und nach ihm Karlowa als eine temporalis praescriptio auf, nach Frontin Note q scheint sie vielmehr bestimmt, einen vergeblichen Rechtsstreit de alia re (Gai. 4, 55) zu verhüten. R.]

v) [Gegen letzteres sprechen aber die griechischen Scholien (Note n und bei Karlowa S. 160); anders Bekker Aktionen I S. 236.]

des Eigenthums bietet sich als möglich dar. Entweder wird die rechtliche Genossenschaft, deren Glied der Mensch ist, als das Subject alles Eigenthums betrachtet, und der Einzelne nur als Verwalter und Nutznießer einzelner Theile dieses Gesammtguts, oder auch der Einzelne wird als Subject eines Eigenthums anerkannt. Erst wenn dieser letzte Schritt geschehen ist, wird die rechtliche Gestalt des Eigenthums vollendet sein, denn erst hier, wo es dem Eigenthum anderer Gleichstehender gegenüber tritt, führt das Eigenthum zu Rechtsverhältnissen unter den Personen; der Staat als alleiniger Eigenthümer würde sich in Hinsicht auf das Eigenthum nur andern Staaten gegenüber finden, mit denen er nicht unter einer gemeinsamen rechtlichen Verfassung steht, gegen die er daher sein Eigenthum nicht auf rein rechtlichem Weg verfolgt. Mit jenem Fortschritt zu dem Eigenthum Einzelner verträgt sich übrigens wohl das fortdauernde Bewußtsein, daß der Einzelne auch in der Ausübung seines Eigenthums ein Glied des Ganzen sei und politisch betrachtet in seinem Gut Verwalter eines Theils des gesammten Nationalreichthums, und dieses Bewußtsein wird eine rechtliche Form theils in Vermögenssteuern, theils in Beschränkungen annehmen, die aus dem Gesichtspunkt des gemeinen Besten dem Privateigenthum auferlegt werden (§ 231); was in jenem Fortschritt liegt, ist dieß, daß die Bestimmung der Güter für den Gebrauch der Einzelnen sich als Eigenthum derselben ausprägt, wogegen die Ansprüche der Gesammtheit nur als politische Beschränkungen dieses Eigenthums erscheinen, und daß ebenso dem Staat nur das Eigenthum an den Gütern zuerkannt wird, die für seine Zwecke unmittelbar bestimmt sind, während nach jenem ersten Princip des ausschließlichen Gesammteigenthums der Bestimmung der Güter für die Zwecke der Einzelnen überall die rechtliche Form des Eigenthums entzogen, und nur die eines Genusses fremden Eigenthums gegeben ist.[a])

Von der Zeit an, wo das römische Volk in die beglaubigte Geschichte eintritt, finden wir auch Privateigenthum bei ihm, aber zuerst nur an beweglichen Sachen. In Beziehung auf die Sachen dagegen, die einen Bestandtheil des Staatsterritoriums ausmachen, die unbeweglichen also, war das Bewußtsein, daß sie durch Eroberung des Gebiets von dem ganzen Gemeinwesen, nicht durch eine vereinzelte Thätigkeit gewonnen worden waren, und das Gefühl, welchem der Staat mit dem Grund und Boden, auf dem er sich erbaut, verwachsen ist, verbunden mit der Unterordnung der Einzelinteressen unter den Staat, — alles dieß war mächtig genug, um den Gedanken an ein Privateigenthum zu entfernen. Der Staat war ausschließlich Grundeigenthümer, der Einzelne dachte sich nur als Besitzer und Nutzer der Grundstücke, soweit der Staat Besitz und Genuß verliehen hatte (Bd. I § 40). Dieß ist die possessio am ager publicus in ihrer ältesten Gestalt, die das Privateigenthum ersetzte, und daraus ergiebt sich, daß sie nicht mit dem Besitz, von dem im dritten Kapitel die Rede war, identisch ist.[b]) Jenes Privateigenthum an beweglichen Sachen wurde durch die Formel

---

a) Ein analoges Verhältniß auf einem andern Gebiet: es ist ein Gebot der christlichen Moral, daß jeder in seinen Gütern sich als bloßen Verwalter und Haushalter Gottes betrachten soll, dieß widerspricht keineswegs der rechtlichen Gestaltung des Eigenthums, ja jenes Gebot setzt sie voraus, wie die Moral überhaupt die Freiheit voraussetzt, welche die Möglichkeit des Bösen einschließt. — Das Institut des Privateigenthums kann durch Mißbrauch in einzelnen Fällen die sittlichen oder politischen Interessen vorübergehend hemmen, aber es dient noch viel öfter zu ihrer Förderung, wo die Thätigkeit der kirchlichen oder politischen Organe nicht ausreicht oder auch geschwächt ist, und in jedem Fall ist es eine unerläßliche Bedingung für die Erfüllung der gesammten Aufgabe des Menschen. b) Das freilich hatte sie mit diesem Besitz gemein, daß auch sie niemand als suam ex iure quiritium vindiciren konnte, wie auch nicht jenen Festus v. possessio.

bezeichnet: meum est ex iure quiritium. Daß dieses Eigenthum an Mobilien ursprünglich das einzige war, darauf scheint mir auch die älteste Form der Vindication (§ 161) zu deuten, schwerlich wäre man auf die Nothwendigkeit der Gegenwart der Sache vor Gericht (die nach der Ausdehnung auf Grundstücke anfangs zur Verlegung der Gerichtsstätte an den Ort des Grundstücks, endlich zur Substituirung einer Scholle führte) gekommen, wenn man gleich von Anfang Grundstücke als Objecte (und damit als die wichtigsten) der Vindication im Auge gehabt hätte.

Die Ausschließlichkeit des Staatseigenthums an Grundstücken fiel durch die Aufnahme des plebejischen Elements in das Staatsgebiet (Bd. I § 43), das Ius Quiritium erstreckte sich von da an auch auf den Grund und Boden, nur ein Theil desselben blieb ager publicus, gleich anfangs, da die Patricier damals noch ausschließlich an ihn gewiesen waren, ein sehr beträchtlicher, und er wurde durch die Eroberungen stets vergrößert, da alles eroberte Land Staatseigenthum wurde, und erst durch Assignation oder quästorischen Verkauf in das Privateigenthum übergehen konnte. Die Assignationen und Verkäufe wurden, auch nachdem die Patricier des Privatgrundeigenthums theilhaftig geworden waren, aufs sparsamste, und nur wo das äußere Bedürfniß drängte, vorgenommen. Zuerst so lange die Patricier sich in dem ausschließlichen Recht auf die Possessio, des Ager publicus erhielten, geschah es im Interesse dieser, nachher in dem der Reichen; der Grund gegen die Erweiterung des Privatgrundeigenthums, daß der Staat aus dem ager publicus einen beträchtlichen Theil seiner Revenuen bezog, war in der That nur ein scheinbarer, da durch Verwandlung in besteuertes Privateigenthum der Staat diesen Nutzen nicht verloren hätte, ja den Grund und Boden für die Einzelnen und sich hätte nutzbarer dadurch machen können. Die Insufficienz des Ager privatus gegenüber der Menge der Einwohner führte auf die Beschränkung des Maßes für das Grundeigenthum durch die leges de modo agri (Bd. I § 57), und zuletzt auf die verschwenderischen und für den Staat unmittelbar wenigstens nutzlosen Vertheilungen des Gemeinlands durch die späteren leges agrariae (Bd. I § 72), denen endlich das Dasein des Ager publicus in Italien völlig unterlag.

Der Name possessio blieb noch dem Rechtsverhältniß bei solchen Grundstücken, die nicht im Ius Quiritium sich befanden, vorausgesetzt, daß dessenungeachtet eine Privatberechtigung an ihnen stattfand, also mit Ausschluß namentlich derer, die allem menschlichen Recht entzogen sind (§ 223). Als das römische Reich über Italien hinaus sich ausdehnte, und ein neuer Bestandtheil in den Provinzen hinzukam, ward gleich von Anfang festgesetzt, daß an dem Provincialboden kein Ius Quiritium möglich sein solle. Dieß hinderte nicht ein dem Eigenthum analoges Recht an demselben, soweit er nicht dem Staat vorbehalten wurde, und es wurden daher (obwohl man sagen mochte, der ganze Provincialboden sei Staatseigenthum)[c] auch hier ager publicus und privatus unterschieden, das Eigenthum aber an dem letzteren, wie man es seinem innern Gehalt nach nennen darf, wurde wie der Besitz des Ager publicus mit dem Namen possessio bezeichnet (Bd. I § 68).

Das Privateigenthum hat seit der Bildung des römischen Staats ein immer größeres Gebiet dem System des Staatseigenthums abgenommen, zum Theil in der unvollkommneren Form der Possessio, mit der sich jenes System wenigstens theoretisch noch vereinbaren ließ (Note c), zum Theil in der voll-

c) Gai. II 7.

kommenen, aus demselben vollständig herausgetretenen des quiritischen Rechts. Betrachten wir nun das letztere genauer in seinem rein juristischen Charakter, um die Veranlassung eines Gegensatzes gegen dasselbe zu finden, der sich von seiner Entstehung an eine lange Zeit im römischen Recht erhalten hat.

Das quiritische Eigenthum, durch welches das Princip des ausschließlichen Staatseigenthums anfangs für bewegliche, dann auch für unbewegliche Sachen überwunden, und in dem das Privatrecht an Sachen als ein selbständiges, von dem Staatseigenthum unabhängiges und ausgeschiedenes anerkannt worden war, ist nicht bloß zu Gunsten des Staatseigenthums, sondern auch, abgesehen von dieser Opposition, der innern Natur des altrömischen Rechts gemäß in gewisse Schranken eingeschlossen, welche theils den Gegenstand, theils das Subject, theils endlich die Erwerbung desselben betreffen.

1) Abgesehen von den Sachen, die dem menschlichen Recht überhaupt, und denen, die wenigstens dem Privatrecht entzogen sind, und darum natürlich auch dem quiritischen Recht, giebt es noch solche, an denen dieses letzte insbesondere nicht stattfindet. Dieß sind die praedia provincialia,[d]) alle außerhalb Italien gelegenen Grundstücke, wenn sie nicht zu dem Gebiet einer Stadt gehören, die das Jus italicum hat (Bd. I § 89. 94).

2) Das quiritische Eigenthum ist nur denkbar bei den Personen, die das commercium (iuris civilis) haben, also nur bei römischen Bürgern und Latinen, nicht bei einem Peregrinen, wenn ihm nicht ausnahmsweise das Commercium durch eine besondere Concession ertheilt ist.

Diese beiden Beschränkungen setzen nothwendig voraus, daß es außer dem quiritischen Recht noch ein anderes Eigenthum oder eigenthumsähnliches Verhältniß giebt; denn ein solches wird an Provincialgrundstücken und bei Peregrinen anerkannt. Bei den Provincialgrundstücken hat dieses nichtquiritische Eigenthum den für den Genuß des Ager publicus herkömmlichen Namen possessio (Note c), doch wird später auch der Ausdruck dominium darauf angewendet.[e]) Gaius gebraucht ihn auch für das Eigenthum der Peregrinen,[f]) und eben so wurden ohne Zweifel auch andere römische Bezeichnungen des Eigenthumsrechts darauf übertragen (z. B. res eius est), nur natürlich nicht die Worte ex iure quiritium. Den Peregrinen stand zur Verfolgung ihres Rechts vor dem praetor peregrinus oder dem Prätor der Provinz eine in rem actio zu, mit der Intention si paret rem actoris esse,[g]) also in der Weise der formula petitoria.[h]) Die Frage aber, ob eine Peregrine Eigenthümer sei, wie also Peregrinen Eigenthum erwerben können, entschied sich dadurch, daß gewisse Erwerbungen als solche des Jus Gentium anerkannt wurden (naturales adquisitiones § 237), deren daher auch die von dem Jus civile Ausgeschlossenen fähig waren. Ein Grundsatz des Jus Gentium ist es, daß die factische Gewalt

---

d) Sofern sie agri privati sind, heißen sie praedia stipendiaria oder tributaria (Bd. I § 88 Note d).

e) Fragm. vat. 315. 316.

f) Gai. II 40.

g) [Frontin. p. 30, 8. Lachm. nennt diese Klage eine vindicatio *ex aequo*, das heißt nach ius gentium, vielleicht wurde dieser Zusatz in die Formel gesetzt. Die Anwendung der Interdicte auf die provincialen Privatpossessionen bezweifelt er, weil sie durch diese Vindication ersetzt sind und die Ausübung des natürlichen Eigenthums keine echte Possessio ist. R.]

h) Die Klage per sponsionem dagegen (§ 168) war nicht anwendbar, weil die Peregrinen der Stipulation mit spondes, spondeo unfähig waren (Gai. III 93. 120); man hätte also eine andere Formel wählen müssen, zu einer solchen Uebertragung dieser sich an die legis actio sacramento anschließenden Klagform auf die Peregrinen war keine Veranlassung gegeben.

über eine Sache die rechtliche nach sich zieht, wenn nicht das Recht eines Andern entgegensteht, daß man also unter dieser Voraussetzung durch den Erwerb des Besitzes auch das Eigenthum erwirbt, also durch Tradition und durch Occupation einer herrenlosen Sache. Diese Erwerbungen wurden auch auf das Eigenthum an Provincialgrundstücken (mochten die Eigenthümer Peregrinen oder Römer sein) angewendet;[i] es kommt ferner bei diesen ein der Usucapion analoges Institut, die longi temporis praescriptio (§ 240) vor, welche den Beweis der rechtlichen Erwerbung ersetzen konnte, und wir können unbedenklich annehmen, daß ein gleiches Bedürfniß bei dem Peregrineneigenthum auf gleiche Weise befriedigt worden ist. Tradition und Occupation waren die Rechtsgeschäfte, durch die nach dem Jus Gentium Eigenthum erworben wurde, nun giebt es noch Eigenthumserwerbungen, die ohne einen besonderen Act vor sich gehen, welche von den Römern ebenfalls dem Jus Gentium zugeschrieben, und damit als den Peregrinen zukommend anerkannt wurden (§ 242), und da sie aus der Natur der Sache mit innerer Nothwendigkeit folgen, so konnten sie auch von dem Eigenthum an Provincialgrundstücken nicht ausgeschlossen werden.

CCXXXVI. 3) Sehen wir nun ab von der Ausschließung gewisser Sachen und Personen von dem quiritischen Eigenthum, betrachten wir dieses also innerhalb des Kreises, in welchem es zulässig ist: bei den römischen Bürgern (und Latinen) und an den demselben zugänglichen Gegenständen, so gelangen wir noch auf eine Beschränkung, die mithin eine esoterische ist, und die einen inneren Gegensatz hervorgerufen hat, der nicht mit jenen äußeren (durch das Eigenthum an Provincialgrundstücken und durch das Peregrineneigenthum gebildeten) verwechselt werden darf. Dieser Gegensatz besteht darin, daß *bei den Römern selbst*, und *an den des quiritischen Eigenthums fähigen Sachen* ein doppeltes Eigenthum sich gebildet hat, da neben das quiritische ein natürliches, wie wir es einstweilen nennen wollen, getreten ist.[a]

Indem wir die allein mögliche Richtung dieses Gegensatzes bestimmen und sorgfältig festhalten, wird ein fester Boden für die Theorie des natürlichen Eigenthums, und auch wo die geschriebenen Quellen uns verlassen, eine gewisse Sicherheit ihrer hauptsächlichsten Resultate zu gewinnen sein. Die Entstehung des natürlichen Eigenthums, von dem wir sprechen, neben dem quiritischen ist offenbar durch eine Schranke dieses letzteren veranlaßt worden, über die es nicht hinausreicht, während das natürliche von ihr frei ist.[b] Diese Schranke

---

i) Schon für die älteste Possessio am Ager publicus galt die Besitzergreifung als Erwerbsart Festus v. possessiones.

a) Gai. II 40: Sequitur, ut admoneamus, aput peregrinos quidem unum esse dominium, ita aut dominus quisque est, aut dominus non intellegitur. Quo iure etiam populus romanus olim utebatur, aut enim ex iure quiritium unusquisque dominus erat, aut non intellegebatur dominus, set postea divisionem accepit dominium, ut alius possit esse ex iure quiritium dominus, alius in bonis habere. Ueber den Ursprung dieses natürlichen Eigenthums, so wie über seine Erwerbung und seinen Schutz sind verschiedene Ansichten aufgestellt worden, unter andern in folgenden Abhandlungen: Unterholzner über die versch. Arten des Eigenthums und die versch. Gestaltung der Eigenthumsklagen (1827), Rhein. Mus. I S. 129—144. Zimmern über das Wesen des s. g. bonitarischen Eigenthums (1829), Rhein. Mus. III S. 311—364. Unterholzner zur Lehre vom s. g. bonit. Eigenth. (Bemerkungen zu Zimmern's Abh.), Rhein. Mus. V 1. Mayer über das duplex dominium des R. R. (1832), Zeitschrift für geschichtl. Rechtswiss. VIII 1., de Scheurl num iuris gentium adquisitionibus dominium civile romanorum effectum sit, diss. 1836. Vgl. auch Puchta Lehrbuch für Inst.-Vorles. (1829) S. xxv ff. [Keller Institutionen § 44.]

b) Das quiritische Recht ist beschränkter als das natürliche, daher kann jemand dieses haben,

liegt aber nicht in den Gegenständen, so daß das natürliche für solche Sachen bestimmt wäre, die dem quiritischen Recht entzogen sind, denn dieß ist entschieden nicht der Fall, die Gegenstände haben beide gemein; darum darf das natürliche Eigenthum nicht an die Possessio des Ager publicus oder der Provincialgrundstücke angeknüpft werden. Eben so wenig liegt sie in den Personen, so daß das natürliche Eigenthum für Personen bestimmt wäre, die des quiritischen unfähig sind, vielmehr sind es die römischen Bürger, bei denen beide unterschieden werden (Note a); der Begriff des ersteren darf daher auch nicht mit dem Eigenthum der Peregrinen in Verbindung gebracht werden. Mithin bleibt nur Ein Ausgangspunkt übrig: die Beschränkung, welcher das quiritische Recht in Beziehung auf die Erwerbung unterlag; und dieß ist denn auch das Merkmal des Falls, der in unsern Quellen als das vornehmste Beispiel jenes Eigenthums aufgeführt wird: wenn eine res mancipi ohne Mancipation oder In Iure Cessio durch bloße Tradition hingegeben wird.[c])

Die römischen Juristen leiten die Erwerbsarten des Eigenthums theils aus dem Ius civile, theils aus dem Ius Gentium ab.[d]) Hat diese Unterscheidung einen bloß doctrinellen Charakter? Keineswegs, sie hat die practische Bedeutung, daß naturaliter auch die Peregrinen, civiliter, wo nicht eine besondere Ausnahme gemacht ist, nur die Cives und Latini erwerben können. Die Geschichte der natürlichen Erwerbsarten ließe sich nun auf doppelte Weise denken: 1) so daß auch sie von Anfang an im römischen Recht bestanden hätten, und erst nachher zum Vortheil der Peregrinen aus den übrigen ausgelesen worden wären, 2) so daß sie, oder wenigstens die hauptsächlichsten derselben, als Eigenthumserwerbsarten erst später mit der Entwickelung des Ius Gentium überhaupt in das Rechtsbewußtsein der Römer eintraten, früher also die Erwerbung des Eigenthums auf die civilrechtlichen Arten beschränkt war. Bei der ersten Annahme müßte man entweder eine den wirklichen Thatsachen, ja dem allgemeinen Charakter der Rechtsentwickelung widersprechende Geschichte des römischen Rechts zu Grunde legen, man müßte den Fortschritt aus einem streng und starr individuellen Rechtszustand zu einem freieren leugnen, indem man diesen letzteren schon in die älteste Zeit verlegte, und so in der That die Geschichte der Eigenschaft einer geistigen Bewegung beraubte, oder man müßte, was nicht weniger unbegreiflich wäre, gerade für das Eigenthum eine Ausnahme machen, während in den Obligationen, im Erbrecht u. s. f. jener Fortschritt anerkannt werden muß. Aber es bedarf nicht einmal dieser Appellation an den Geist der Geschichte überhaupt, die Existenz solenner, mit umständlichen Formen umgebener Erwerbsarten schließt von selbst das gleichzeitige Entstehen gleichanwendbarer und gleichwirksamer formloser Erwerbungen aus. Es ist

---

ohne dominus ex iure quiritium zu sein, und zugleich ist in gewisser Hinsicht das natürliche beschränkter als das quiritische, daher man dieses (als nudum ius quiritium) ohne jenes haben kann (das natürliche kann verloren sein, ohne daß das quiritische verloren ist). Hiernach könnte man denken, es müßte auch zulässig sein, von dem letzteren Standpunkt auszugehen: von der Schranke des natürlichen, die das quiritische Recht nicht hat; aber dieß ist dadurch ausgeschlossen, daß das quiritische das erste war, zu dem das andere als Ergänzung (und allerdings auch als Corrigens) hinzukam (Note a), nicht umgekehrt.

c) Gaius fährt nach der in Note a abgedruckten Stelle fort (II 41): Nam si tibi rem mancipi neque mancipavero neque in iure cessero, sed tantum tradidero, in bonis quidem tuis ea res efficitur, ex iure quiritium vero mea permanebit, donec tu eam possidendo usucapias, semel enim impleta usucapione proinde pleno iure incipit, id est et in bonis et ex iure quiritium tua res esse, ac si ea mancipata vel in iure cessa esset.

d) Gai. II 65 sqq. L. 1 pr. 53 D. de adqu. dom. (41, 1) L. 23 pr. D. de R. V. (6, 1).

undenkbar, daß man die Uebertragung des Eigenthums durch In Jure Cessio vor dem Magistrat aufzustellen unternommen hätte, während schon der Rechtssatz bestand, daß man denselben Zweck ohne Umstände durch einfache Tradition erreichen könne.[e])

Es bleibt also nur die zweite Annahme, die ohnedieß die natürlichere ist, übrig, daß es eine Zeit gab, wo man sich vor Gericht bei der Geltendmachung des Eigenthums nur auf eine Erwerbung ex iure civili berufen konnte. Wir müssen aber hier sofort eine Art natürlicher Erwerbung außer allem Ansatz lassen, wobei die erworbene Sache überhaupt nicht mehr für sich und selbständig, sondern nur als Theil einer andern zur Sprache kommt. Es giebt nämlich Fälle, wo das Eigenthum an einer Sache das an einer andern nach sich zieht (man faßt sie unter dem Namen der accessio zusammen § 242); daß z. B. das Eigenthum am Grund und Boden das Eigenthum am dem darauf errichteten Gebäude in sich schließt, ist eine innere Nothwendigkeit, es ist eben so ein Satz des ius civile als des ius gentium,[f]) und hat daher gewiß von jeher gegolten. Für unsere gegenwärtige Frage sind diese Fälle irrelevant, weil bei dem Eigenthumsproceß nicht die Erwerbung der Accession, sondern die Hauptsache nachzuweisen ist, zu der jene gehört und deren Schicksal sie nothwendig theilt. Dagegen schließen wir durch jene Beschränkung des quiritischen Eigenthums auf die civilrechtlichen Erwerbungen diejenigen aus, die in der Erwerbung des Besitzes bestehen, also die Tradition und Occupation. Von der Tradition ist es gewiß, daß sie an res mancipi noch nach späterem Recht, nicht das quiritische Recht gab (Note c). Anders bei res nec mancipi, und zwar schon zu Cicero's Zeit;[g]) galt dieß aber von jeher? Diesem steht vor allem der Grund entgegen, der vorhin aus der Existenz der In Jure Cessio entnommen worden ist (Note e), auf der andern Seite ist der Satz als ein späterhin eingeführter sehr erklärlich: man gab der Tradition jene Wirkung, um für die Veräußerung der Sachen, auf welche die Mancipation nicht anwendbar war (§ 238, 3), einen Privatact zu gewinnen und die beschwerlichere In Jure Cessio überflüssig zu machen, auch im Interesse der öffentlichen Verwaltung selbst, da man Grund hatte, die allzuhäufige Behelligung der Magistrate mit dergleichen Formalitäten zu vermeiden. Wir sagen daher: nicht die Ausschließung der Tradition (als Erwerbung des quiritischen Eigenthums) bei res mancipi ist das Besondere jenes späteren Rechts, sondern ihre Zulassung bei res nec mancipi, und dieß wird durch den Grund bestätigt, den Paulus für die Unmöglichkeit der Bestellung des Ususfructus bei Gelegenheit der Tradition einer res nec mancipi giebt: civili enim actione constitui potest, non traditione, *quae iuris gentium est*.[h]) Er behandelt damit jene Wirkung der Tradition bei diesen Sachen als eine Singularität, die nicht zu einer vollen Gleichstellung mit der Mancipation und In Jure Cessio verleiten dürfe, und den Grund ihrer geringeren Wirksamkeit findet er in ihrer Abstammung aus

---

e) Gaius (II 25) sagt, man bediene sich der in iure cessio zur Uebertragung des Eigenthums fast gar nicht mehr, man ziehe bei res mancipi die Mancipation vor, bei der es des mit größerer Schwierigkeit verbundenen Angehens des Magistrats nicht bedürfe. Noch weniger wurde sie natürlich bei res nec mancipi angewendet, da bei ihnen damals schon die Tradition ausreichte. Offenbar gab es eine Zeit, wo die In Jure Cessio auch in ihrer Anwendung auf die Eigenthumsübertragung nicht überflüssig war.

f) L. 2 D. de superf. (43, 18): — (aedium) proprietas et civili et naturali iure eius est, cuius et solum.

g) Ulpian. XIX 7. Cic. top. 5.

h) Fragm. vat. 47.

dem Jus Gentium, ein Grund, der irgend einmal auch für das Eigenthum gegolten haben muß.[i]) Was von der Tradition, das muß auch von der Occupation gelten, ohne die Ausschließung dieser von dem quiritischen Erwerb würde auch die Ausschließung jener nicht denkbar sein, da ja sonst jede Tradition als eine Dereliction und darauf folgende Occupation betrachtet, und dadurch der Satz, daß sie nicht das quiritische Recht bewirkt, erfolglos gemacht werden könnte. Vor allem darf der Umstand nicht irre machen, daß die römischen Juristen von der Occupation als der ursprünglichsten Erwerbsart sprechen;[k]) dieß geschieht vom Standpunkt des allgemeinen Rechts,[l]) von welchem aus überhaupt das Jus Gentium als das frühere gegenüber dem Jus civile erscheint.[m]) Eben so irrelevant für unsere Frage ist es, daß sie der Occupatio die Wirkung des Eigenthumserwerbs beilegen (naturali ratione nostrum fit), denn das natürliche Eigenthum bewirkte sie ja damals schon längst, und dieses war in der Hauptsache nicht weniger wirksam als das quiritische; hervorzuheben, daß es nur natürliches, nicht quiritisches sei, dazu fand man deswegen sich weniger veranlaßt, weil hier dem natürlichen nicht ein quiritischer Eigenthümer gegenüberstand. Dieser Umstand hätte einen späteren Juristen sogar bewegen können, dem Occupanten sofort das quiritische Eigenthum (das plenum ius, s. unten) zuzuschreiben, denn wozu, hätte er von dem Geist des späteren Rechts aus argumentiren können, wozu die Wirkung der Occupation beschränken, da kein Recht irgend einer andern Person (welches nicht auf gesetzliche Weise aufgehoben wäre) entgegensteht? Wir wissen nicht, daß diese Behauptung wirklich vorgekommen ist,[n]) wäre es aber auch geschehen, so würde dieß für das an den Formen festhaltende alte Recht nichts beweisen. Man hat geglaubt, aus einer Stelle des Gaius schließen zu dürfen, daß in einem Fall wenigstens die Occupation schon nach ältestem Recht Eigenthum gegeben habe, bei der Erbeutung nämlich.[o]) Mehr als Alles, sagt Gaius, hätten die Alten das Erbeutete für das Ihrige gehalten. Diese Bemerkung sieht nun von vornherein einer den römischen Kriegsruhm erhebenden Phrase ähnlicher, als einem juristischen Gedanken. Geben wir ihr aber auch diese letztere Eigenschaft, so ist von der Occupation als dem Grund dieses vorzüglichen Eigenthums gar nicht die Rede, und konnte es auch nicht sein, weil der Einzelne sein Eigenthum an der Beute nicht von seiner Occupation, sondern nur von dem Staat ableiten konnte, dem unmittelbar die Beute zufiel (§ 238 a. A.). Das *maxime* sua esse credebant kann aber überhaupt nicht auf die Qualität des Eigenthums gehen, denn das Beuteeigenthum war

---

i) Dadurch erhält auch der Satz: mit den Peregrinen ist kein Commercium, erst die volle Bedeutung, die er ohne Zweifel in der ältesten Zeit hatte, man konnte von dem Peregrinen kein quiritisches Eigenthum erwerben, weil die Tradition, zu welcher er fähig war, nicht dazu hinreichte.

k) L. 1 § 1 D. de adqu. poss. (41, 2).

l) Es ist die Katechisation bei Göthe, „Bedenk' o Kind! woher sind diese Gaben? Du kannst nichts von dir selber haben." „„Ei! Alles hab' ich vom Papa."" „Und der, woher hat's der?" „„Vom Großpapa."" „Nicht doch! woher hat's denn der Großpapa bekommen?" „„Der hat's genommen.""

m) § 11 I. de rer. div. (2, 1).

n) Nur daß einigermaßen mit diesem Gedanken der Umstand zusammenhängt, daß Gaius das natürliche Eigenthum in der Lehre von den Eigenthumserwerbsarten bloß bei der Tradition erwähnt.

o) Gai. IV 16: — festuca autem (bei der Vindication § 161) utebantur quasi hastae loco, signo quodam iusti dominii, maxime enim sua esse credebant, quae ex hostibus cepissent, unde in centumviralibus iudiciis hasta praeponitur.

sicherlich kein anderes, als das durch In Jure Cessio ꝛc. gegebene; es muß (immer unter der Voraussetzung, daß der Aeußerung ein juristischer Gedanke zu Grunde liegt, was ich, wie gesagt, nicht garantiren möchte) einen Vorzug bedeuten, welcher der unmittelbaren Erwerbung aus der Beute wirklich vor anderen Erwerbungen zukam, und dieß könnte kein anderer sein, als die Sicherheit gegen Eviction, während bei den übrigen erst die Usucapion den Erwerber gegen die Möglichkeit, daß sein Autor nicht Eigenthümer gewesen, sicher stellte und von der Furcht, ein Anderer möchte sich als der wahre Eigenthümer ausweisen, befreite. Endlich muß hier noch der Erwerb der Erzeugnisse einer Sache durch den Eigenthümer oder andere dazu Berechtigte genannt werden, dessen verschiedene Gestalten unten vorkommen werden (§ 242 a. E.).[p])

Um also eine Sache vindiciren zu können, mithin um als Eigenthümer ex iure quiritium zu gelten (denn nur dieses Recht gab ursprünglich die Befugniß zur in rem actio), mußte man einen Act der Erwerbung nachzuweisen im Stande sein, den das Jus civile als solchen anerkannte,[q]) und dieser Acte waren anfangs nur wenige und dem Geist des Rechts gemäß mit Solennitäten verbundene. Diese Beschränkung gewährt für die Rechtspflege einen bedeutenden Vortheil, die Entscheidung der Frage, wer Eigenthümer sei, wurde durch sie und die Solennität der Erwerbungen sehr erleichtert. Dem Bedürfniß einer über jene Acte hinausgehenden Möglichkeit des Erwerbs genügte damals vollkommen die Ergänzung, die der Kreis jener Erwerbungen in der Usucapio fand, es war dazu der Besitz einer kurzen Zeit erforderlich, diesen Besitz aber von ein oder zwei Jahren nachzuweisen, konnte man billig von dem verlangen, der (sei es durch Nachlässigkeit oder sonst) zu der Sache nicht auf die solenne Art gekommen war, in deren Forderung das alte Recht hier wie in andern Rechtsverhältnissen eine Garantie gegen Rechtsverletzungen fand.

Was aber für ein einfaches Rechtsleben genügte, das erschien in entwickelteren Verhältnissen als unzureichend; eine Beschränkung, die dem Geist des Volks in älterer Zeit zusagte, wurde bei Erweiterung des Rechtsbewußtseins als eine Last empfunden. Es kam die Zeit eines lebhafteren Verkehrs, einer größeren Bewegung, eines häufigeren Wechsels im Eigenthum, Handel und Gewerbe thaten sich hervor, bei denen die Forderung einer Eigenthumsübertragung durch die umständlichen Acte der Mancipation und In Jure Cessio großentheils unthunlich scheinen mußte.[r]). Dieß führte zuerst auf den Rechtssatz (ob er auf bloßem Gewohnheitsrecht beruht, oder durch eine Lex

---

p) Wenn wir hier keine Ausnahme von unserem Princip, die sich nicht erweisen läßt, zugeben, also dabei stehen bleiben, daß dadurch allein ursprünglich kein Eigenthum entstand, so erhält die Vorschrift der Zwölf Tafeln de glande legenda (§ 231 Note cc) erst ihre volle Bedeutung.

q) Paulus in den justin. Digesten L. 23 pr. D. de R. V. (6, 1): In rem actio competit ei, qui aut iure gentium, aut iure civili dominium adquisivit, hat man öfters dafür angeführt, daß die Quelle der Erwerbung auf die Existenz des quiritischen Eigenthums keinen Einfluß habe. Dagegen ist zu erinnern vor allem, daß, wenn zur Zeit des Paulus auch dieser Satz (vermöge eines natürlichen Fortschritts der Rechtsentwickelung, s. unten) gegolten hätte, daraus für das ältere Recht nichts folgen würde. Noch mehr: Paulus konnte sich so ausdrücken, auch wenn nur einige Erwerbungen des Jus Gentium jene Wirkung hatten, wie es wirklich der Fall war. Endlich aber hätte er sogar so, wie er gethan hat, sprechen können, wenn der Unterschied noch in seinem ganzen Umfang bestand, denn er sagt ja nicht: *civilis* in rem actio, sondern in rem actio schlechtweg. und eine solche stand damals und schon viel früher dem natürlichen wie dem quiritischen Eigenthümer zu.

r) Daher entstand das Recht, daß der Käufer, wenn nichts anderes verabredet ist, nur die Tradition der Sache, nicht die Mancipation fordern kann, und daß der Tausch durch bloße Tradition geschlossen wird.

eingeführt oder bestätigt wurde, das müssen wir dahin gestellt sein lassen), daß bei res nec mancipi die Tradition die Wirkungen des quiritischen Eigenthums, so gut wie die In Jure Cessio, haben sollte.[s]) Möglich, daß man nachher noch weiter ging, und noch anderen natürlichen Erwerbungen, die mit Besitzerwerb zusammenfallen, an jenen Sachen dieselbe Wirkung beilegte, wahrscheinlich ist dieß nicht. Denn das nächste Bedürfniß war durch jene Ausdehnung der quiritischen Erwerbungen befriedigt, und nachher trat eine Ausdehnung des Eigenthums selbst hinzu, welche, indem nun das Recht der Vindication nicht mehr nothwendig jenes quiritische Eigenthum voraussetzte, die weitere Erleichterung seiner Erwerbung praktisch überflüssig machte. Diese Ausdehnung des Eigenthums, welche dadurch geschah, daß ein nichtquiritisches für die Römer und an Sachen, an denen auch quiritisches möglich war, entstand, haben wir jetzt ins Auge zu fassen.

Nach dem bisher beschriebenen Rechtszustand konnte es häufig vorkommen, daß jemand gerichtlich nicht als Eigenthümer anzuerkennen war, von dem man nach allgemeineren Rechtsansichten dieß hätte behaupten müssen, z. B. wenn jemand ein Grundstück, einen Sclaven, ein Pferd gekauft hatte, und sich es hatte bloß tradiren lassen, und noch nicht die Usucapionszeit abgelaufen war, wenn eine Sclavin geboren hatte und das Kind noch nicht ein Jahr alt war, wenn jemand Früchte von seiner Sache bezogen und noch nicht ein Jahr besessen hatte. Aber die allgemeineren Rechtsansichten waren eben nicht die der ältesten Römer, diese fanden es nicht ungerecht, dem die Vindication zu versagen, der sich dort der Mittel, die ihm das Recht für eine vollgültige Erwerbung darbot, nicht bedient, und hier unachtsamer Weise den Besitz aus der Hand gelassen hatte.[t]) Dieß änderte sich aber mit dem Eintritt einer freieren Rechtsanschauung in das Bewußtsein des römischen Volks (Band I § 84). Am ersten mußte sich dieses erweiterte Rechtsgefühl gegen die Consequenz des bisherigen Rechts auflehnen, daß sogar gegenüber dem Verkäufer, der die res mancipi bloß tradirt hatte, und gegenüber seinen Nachfolgern der Empfänger schutzlos war, da jener noch immer das Eigenthum und die Vindication gegen ihn hatte. Der Prätor trat ins Mittel, er gab dem Käufer gegen die Vindication die exceptio doli, welche im Fall des Kaufs den besonderen Namen exceptio rei venditae et traditae hat.[u]) Es versteht sich, daß dieser Schutz nicht auf den Fall des Kaufs eingeschränkt wurde; auch wenn außerdem ein obligatorisches Verhältniß zwischen dem quiritischen Eigenthümer und dem Besitzer bestand, wodurch jener verpflichtet war, diesem die Sache zu lassen und also

---

s) Die Tradition setzt stillschweigend voraus Varro de R. R. II 1: — quemadmodum quamque pecudem emi oporteat civili iure. Quod enim alterius fuit, id ut fiat meum, necesse est aliquid intercedere. Neque in omnibus (nicht nämlich bei den pecudes, die zu den res mancipi gehören) satis est stipulatio aut solutio nummorum ad mutationem dominii.

t) War ihm die Sache gestohlen oder geraubt worden, so hatte er die actio furti, von der, eben auch in dieser Rücksicht, der Grundsatz galt, daß sie das Eigenthum nicht voraussetzt, der bonae fidei possessor hat sie L. 12 § 1 D. de furtis (47, 2), der Pächter noch vor dem Erwerb der Früchte L. 26 § 1 eod. — Wer diesen Rechtszustand undenkbar findet, dem müßte eigentlich die Beschränkung der Vindication beweglicher Sachen, wie sie im älteren deutschen Recht vorkommt, als ein reiner Unsinn erscheinen.

u) Im justinianischen Recht kommt sie in dieser Anwendung natürlich nicht mehr vor, sondern nur in der andern, wo sie den schützt, der von einem Nichteigenthümer erworben hat (s. unten und § 233 Note m). Es ist aber kein Grund vorhanden, anzunehmen, diese Exceptio habe gegenüber dem quiritischen Eigenthümer nicht stattgehabt, auf welchen Fall sie dem Namen und der Sache nach vollkommen paßt.

nicht sich, sondern vielmehr ihn als den Eigenthümer zu behandeln, gab der Prätor dem letzteren gegen die Vindication eine exceptio doli. Wie aber, wenn der quiritische Eigenthümer im Besitz war? Ohne Zweifel blieb der Prätor, als das ausschließliche Festhalten an dem quiritischen Recht im Volk nachließ, nicht bei jenem Schutz durch Exceptio stehen, er gab dem unvollkommenen Erwerber eine Vindication (vgl. Note z), und hielt sie gegen den Einwand des quiritischen Eigenthums in jenen Fällen durch die replicatio rei venditae et traditae aufrecht. Und damit war der große Schritt gethan, den Erwerber, der nur der formellen Beschränktheit des Jus civile wegen nicht als Eigenthümer erschien, von dem Standpunkt des allgemeineren Rechts aber als solcher sich darstellte, dem Effect nach wie einen Eigenthümer zu behandeln, und neben das quiritische ein zweites Eigenthum für die Römer zu stellen. Denn war man einmal zu dieser Klage gelangt, so war es undenkbar, sie auf den Fall, wo dem Kläger ein quiritischer Eigenthümer in jener Art als Gegner gegenüberstand, einzuschränken, man mußte sie überhaupt gegen jeden Besitzer geben, der ein geringeres Recht als der Kläger hatte. Und dieses zweite Eigenthum beschränkte sich bald nicht auf die Fälle, wo jemand nach Jus Gentium Eigenthümer war, ohne es nach Jus civile zu sein. Der Prätor fand sich veranlaßt, selbst neue Erwerbungen des Eigenthums aufzustellen, indem er z. B. gewisse Personen als Erben behandelte, die nach Jus civile es nicht waren, also auch nicht quiritische Eigenthümer der erbschaftlichen Sachen vor der Usucapion, denen er aber jetzt schon die Vindicationen des Erblassers gab, ferner indem er die Gläubiger in den Besitz der Güter eines insolventen Schuldners einwies mit dem Recht, sie zu verkaufen,[v]) dann indem er den Sclaven, der ein Delict begangen hatte, wenn der Herr ihn nicht vertheidigte, dem Beschädigten überwies[w]) u. s. f.

Dieses Eigenthum, das durch den Einfluß des Prätors neben das quiritische trat, ist es, welches oben das natürliche genannt worden ist, das wir auch prätorisches nennen könnten, welches aber die Römer mit dem allgemeinen Ausdruck: in bonis esse, in bonis habere bezeichnen.[x]) Denn überhaupt kann man sagen, der hat eine Sache in seinem Vermögen, der gegen die Abforderung derselben geschützt ist,[y]) und im Fall der Besitzentziehung eine Klage auf Wiedererlangung hat.[z]) Dieß ist der Fall bei dem quiritischen Eigenthümer, wenn seiner Vindication nicht die exceptio rei venditae et traditae oder eine gleich wirksame exceptio doli entgegensteht, aber auch bei dem, welchen der Prätor durch Exceptio und Klage als Eigenthümer behandelt, also bei dem s. g. bonitarischen.

---

v) Gai. III 80: neque autem bonorum possessores neque bonorum emptores pleno iure domini fiunt, sed in bonis efficiunt, ius quiritium autem ita demum adipiscuntur, si usuceperunt —.

w) L. 2 § 1 D. si ex nox. causa (2, 9) L. 26 § 6 D. de noxal. act. (9, 4): — iussu enim praetoris ductus in bonis fit eius, qui duxit.

x) Daraus ist dann später der Name dominus bonitarius entstanden, der bei Theophilus (paraphr. I 5, 4) in der griechischen Uebersetzung δεσπότης βονιτάριος vorkommt, wie auch für den quiritischen Eigenthümer δεσπότης iure quiritario. Auch der Ausdruck dominus legitimus bei Varro (de R. R. II 10) ist ohne Zweifel im Gegensatz gegen das bloße in bonis gebraucht. So nennt auch Theophilus a. a. O. das quiritische Eigenthum ἔννομος δεσποτεία, das in bonis φυσικὴ δεσποτεία.

y) L. 190 D. de R. I. (50, 17): Quod evincitur, in bonis non est.

z) L. 52 D. de adqu. dom. (41, 1): Rem in bonis nostris habere intelligimur, quotiens possidentes exceptionem aut amittentes ad reciperandam eam actionem habemus.

Der Begriff dieses bonitarischen Eigenthums läßt sich nach dem Bisherigen so feststellen: es ist das auf prätorischem Schutz beruhende Eigenthum eines römischen Bürgers (oder Latinus) an einer des quiritischen Eigenthums fähigen Sache, welches durch eine aus dem Jus Gentium stammende und von dem Jus civile nicht adoptirte, oder durch eine von dem Prätor aufgestellte, also auf dem magistratischen Imperium beruhende Erwerbsart entstanden ist. Nun sind drei Fälle möglich: 1) es hat jemand die Sache in bonis und zugleich ex iure quiritium (also pleno iure), dieß ist z. B. der Fall, wenn von dem bonitarischen Eigenthümer die Usucapion vollendet worden ist, überhaupt wenn jemand das Jus Quiritium, ohne daß ein Anderer die Sache in bonis hat;[aa] 2) es hat jemand die Sache in bonis, während ein Anderer noch quiritischer Eigenthümer ist, das Verhältniß dieses letzteren heißt nudum ius quiritium;[bb] 3) es hat jemand die Sache in bonis, ohne daß ein Anderer das Jus Quiritium hat, wie dieß namentlich in Folge gewisser Erwerbungen des Jus Gentium geschehen kann. Das nudum ius quiritium ist ein gegenüber dem bonitarischen Eigenthümer von seinen Wirkungen entblößtes, bloß nominelles Recht,[cc] das reelle Eigenthum ist das bonitarische. Darum hat der dritte Fall praktisch keine Bedeutung, und wird auch von den römischen Juristen nicht besonders hervorgehoben; daß jemand bloß bonitarischer Eigenthümer war, das gab seinem Eigenthum nun keine geringere Wirksamkeit,[dd] nur im zweiten Fall machte es das gegenüberstehende quiritische Eigenthum nöthig, den Begriff des in bonis hervorzuheben und seine Wirksamkeit näher zu bestimmen.

Es ist noch die Klage, die dem bonitarischen Eigenthümer zustand, anzugeben. Sicher war es eine Vindication, und zwar eine prätorische, also eine utilis vindicatio, und noch bestimmter eine ficticia actio, bei der die Intention von der civilis in rem actio: si paret rem A. A. esse ex iure quiritium, durch eine Fiction herübergenommen wurde.[ee] Diese Fiction ging am natürlichsten auf eine Erwerbung ex iure civili, und hier lag im allgemeinen keine näher

---

aa) Note c, v Gai. II 204 und Gai. I 54: ceterum quum aput cives romanos duplex sit dominium, nam vel in bonis vel ex iure quiritium vel ex utroque iure cuiusque servus esse intellegitur —.

bb) Gai. I 54 III 166.

cc) So giebt es auch nicht die Potestas über den Sclaven und die Befugniß zu manumittiren (§ 213, 2), nur eine Wirkung hat es: durch die Freilassung einer Sclavin von dem bonitarischen Eigenthümer erhält nicht dieser, sondern der das nudum ius quiritium hatte, die Tutel nach der Lex Junia Gai. I 167.

dd) Mit der Ausnahme, daß er den Sclaven durch Manumission bloß zum Latinus machen konnte (§ 213, 2), und auch dieß galt vielleicht bloß, wenn neben dem in bonis ein nudum ius quiritium bestand. Ferner, es kann die Sache nicht per vindicationem legiren, aber das Legat wird aufrecht erhalten durch das S. C. neronianum Gai. II 196, 222 Ulpian. XXIV 7. 11 a. Auch kann er nicht Servituten iure civili auflegen, da er selbst nicht iure civili die Sache hat, nur schützt der Prätor die bestellten Servituten so gut, als das Recht des Bestellers.

ee) Ein seltsamer Einfall ist es, die formula petitoria (§ 168) sei die Klage aus dem bonitarischen Eigenthum gewesen, da Gaius (IV 92), wo er sie der Actio per sponsionem entgegensetzt, sagt, es sei die Formel, qua actor intendit, rem suam esse, ohne den Zusatz: ex iure quiritium, den er aber hier (während er anderwärts vorkommt) aus dem logischen Grund wegläßt, weil im Gegensatz zur intentio in personam in Folge der Sponsio nichts darauf ankam, der Zusatz vielmehr nur den Gegensatz geschwächt hätte. Aber ganz abgesehen davon, ist jene Behauptung von vorn herein unhaltbar, weil die formula petitoria eine gewisse Klagform, aber keine Klage ist. Sicherlich wurde auch die Klage aus dem bonitarischen Eigenthum per formulam petitoriam angestellt, wie denn ferner ganz ohne Zweifel ihre formula eine arbitraria war, aber wenn jemand auf die Frage: welches ist die Klage aus dem bonitarischen Eigenthum? antworten wollte: es ist die formula arbitraria, so wäre das nicht wunderlicher, als wenn er sagte: es ist die formula petitoria.

als die Usucapion. Diese hatte eine doppelte Bestimmung: 1) das Eigenthum sicherer zu stellen, als durch die problematische Wirksamkeit der derivativen Erwerbungen geschieht (§ 233), 2) die formell mangelhafte Erwerbung zu ergänzen, also das nichtquiritische in quiritisches Eigenthum zu verwandeln.[ff]) Wollte also der Prätor die Vindication auf den bonitarischen Eigenthümer übertragen, so geschah dieß am einfachsten durch Fiction der vollendeten Usucapion. Eine solche Vindication mit dieser Fiction finden wir nun wirklich in unseren Quellen, die publiciana in rem actio (§ 233); die Theorie, welche das justinianische Recht davon giebt, ist freilich nur für eine andere Anwendung der Klage bestimmt, die oben dargestellt worden ist, dieß schließt aber natürlich die Anwendung auf das bonitarische Eigenthum nicht aus, die im justinianischen Recht keinen Platz finden konnte.[gg]) Wenn wir sonach annehmen, daß die Publiciana auch für das bonitarische Eigenthum bestimmt war, so folgen wir in der That nur einer gewissen Nothwendigkeit, die uns verbietet, nach einer andern Klage zu suchen, wenn eine gegebene die desiderirten Eigenschaften vollständig besitzt. So erklärt sich denn auch erst vollkommen die Hervorhebung von Kauf und Tradition im Edict, es war der Hauptfall des bonitarischen Eigenthums, den auch Gaius so besonders hervorhebt. Aber Gaius beschreibt auch wirklich die Publiciana ganz so, daß es fast unstatthaft wird, anzunehmen, er habe bloß die bonae fidei possessio im Sinne gehabt.[hh]) Allerdings jedoch war die Publiciana nicht die ausschließliche Klage für das bonitarische Eigenthum, sie wurde nur angewendet, wo die Erwerbung mit einem Besitzerwerb verbunden war.[ii]) In anderen Fällen wurde die Fiction auf andere Erwerbsarten gerichtet, so bei dem bonorum possessor auf das Erbrecht.[kk]) Endlich

---

ff) Beide Bestimmungen hebt Gaius hervor II 41—44, mit der letzteren macht er den Anfang. — Von dem Standpunkt des reinen Civilrechts hat der bonitarische Eigenthümer vor dem bonae fidei possessor nichts voraus, beide sind ihm Nichteigenthümer, und bloß in condicione usucapiendi, civiles possessores.

gg) Nicht entgegen steht die Fassung des prätorischen Edicts in den Digesten (§ 233 Note e). Ich nehme nicht an, daß die Interpolation, welche in der Stelle sichtbar ist — denn der Prätor sprach nach L. 7 § 11 L. 8 D. de publ. (6, 2) ausdrücklich von dem, qui bona fide emit, statt dessen die Compilatoren die Worte ex iusta causa eingeschaltet haben, um gleich von vorn auszudrücken, daß die Klage sich nicht auf den Kauf beschränke — unseren Punkt betreffe. Aber die uns überlieferten Worte können möglicherweise nur ein Theil des Edicts über die Publiciana sein, der für das justinianische Recht noch allein praktische, während der vorausgehende, das bonitarische Eigenthum betreffende, weggelassen wurde, ja die Worte non a domino scheinen sogar auf einen Gegensatz zu einem andern Fall, wo die exceptio dominii unwirksam ist, zu deuten. Ferner die Bemerkung des Gaius in L. 8 cit., in dem Edict (nämlich in diesem Theil desselben) stehe nichts von pretium solutum, man müsse daher annehmen, der Prätor habe dieses Erforderniß nicht festsetzen wollen, erhält im Grunde erst dann ihre volle Prägnanz, wenn in einem andern Theil des Edicts diese Bedingung gestellt war, und dieß war der das bonitarische Eigenthum betreffende; erst dann konnte die dortige Weglassung vollkommen zu dem Schluß berechtigen, den Gaius macht. [Vgl. Voigt Ius naturale IV S. 470 ff., Lenel Beiträge zur Kunde des prätorischen Edicts 1878. S. 1 ff.]

hh) Gai. IV 36: datur autem haec actio ei, qui ex iusta causa traditam sibi rem nondum usucepit, eamque amissa possessione petit. nam quia non potest eam ex iure quiritium suam esse intendere, fingitur rem usucepisse, et ita quasi ex iure quiritium dominus factus esset, intendit hoc modo: iudex esto. si quem hominem etc. vgl. § 233 Note e.

ii) In ihrer zweiten Anwendung wurde sie über diesen Fall hinaus erweitert (§ 233 Note h), bei dem bonitarischen Eigenthum war kein Bedürfniß dafür.

kk) Gai. IV 34: — is qui ex edicto bonorum possessionem petiit, ficto se herede agit. cum enim praetorio iure et non legitimo succedat in locum defuncti, non habet directas actiones, et neque id, quod defuncti fuit, potest intendere suum esse — itaque ficto se herede intendit, veluti hoc modo: iudex esto. si A. A. (id est ipse actor) Lucio Titio heres esset, tum si fundum d. q. a. ex iure quiritium eius esse oporteret —.

gab es einen Fall, wo dem bonitarischen Eigenthümer die Vindicatio ohne Fiction, nämlich so gegeben wurde, wie sie ein Cognitor oder Procurator für den Eigenthümer anstellt.[ll])

Die Beschränkung des quiritischen Eigenthums in Beziehung auf den Erwerb, wovon bisher die Rede gewesen ist, war sehr wichtig vor der Entstehung des bonitarischen; seit dieser Zeit und seit dieses letztere in Beziehung auf den Schutz materiell jenem gleichgestellt war, hatte sie ihre praktische Bedeutung größtentheils verloren, da man mit dem bonitarischen in der Hauptsache so weit kam als mit dem quiritischen Eigenthum. Genau genommen war es nur ein einziger Punkt, in welchem der bloß bonitarische Eigenthümer sich reell zurückgesetzt finden konnte: die Wirkung der Manumission eines Sclaven (Note cc und dd). Die übrigen Unterschiede waren formelle, die von den römischen Juristen noch festgehalten wurden, in der vierten Periode aber von selbst untergingen. Es wurde jedoch auch die latina libertas aufgehoben, und so konnte Justinian allerdings sagen, die ganze Unterscheidung zwischen ius quiritium und in bonis sei ohne Gehalt, das ius quiritium ein leeres Wort und solle völlig abgeschafft sein.[mm])

Aber nicht bloß in seinem Gegensatz gegen das in bonis ist das quiritische Recht abgeschafft, sondern auch gegen das Eigenthum an Provincialgrundstücken, denn diesen Unterschied zwischen italischem und Provincialboden hat Justinian durchweg aufgehoben,[nn]) und gegen das Eigenthum der Peregrinen, denn die Unterschiede des Status Civitatis bestehen nicht mehr (§ 218). So giebt es im justinianischen Recht überhaupt nur Ein Eigenthum, dieß haben alle des Eigenthums fähige Personen an allen Sachen, die dem Privatrecht nicht entzogen sind, vermöge irgend einer der Erwerbsarten, die noch in jenem Recht anerkannt werden oder neu eingeführt sind. Aus diesem Eigenthum entspringt die civilis in rem actio, wie sie im justinianischen Recht vorkommt, ihm zur Seite steht die bonae fidei possessio mit der Publiciana, in der oben (§ 233) dargestellten Function, und eben so ist für die exceptio (und replicatio) rei venditae et traditae nur die Anwendung auf den, welcher die Sache von einem Nichteigenthümer empfangen hat, wenn dieser oder seine Successoren nachher das Eigenthum gegen jenen oder seine Successoren geltend machen wollten, übrig geblieben.[oo])

So hat die civilistische Geschichte des Eigenthums dieses allmählich wieder auf den Zustand der Einheit zurückgeführt, von dem sie ausgegangen war. Auch von seiner politischen Geschichte läßt sich eine solche Rückkehr auf frühere Zustände nur unter andern Formen und Umgebungen für die späteren Zeiten behaupten, eine wenn auch nicht bewußte und absichtliche Tendenz zu dem System des ausschließlichen Staatsgrundeigenthums. Die kaiserlichen Domänen wuchsen ins Unermeßliche an, der Grundbesitz der Großen im Staat, die

---

ll) Gai. IV 35. Die Klage heißt dort serviana, hier rutiliana. Diese Namen können indessen nicht auf gleiche Linie mit dem der Publiciana gestellt werden, weil der letzte die Form für eine gewisse Klage im materiellen Sinn bezeichnet, nicht so jene Formen, die sich vielmehr auf alle aus der Person des Erblassers ꝛc. anzustellenden Klagen (in rem und in personam actiones) bezieht.

mm) Cod. VII 25: de nudo iure quiritium tollendo. Er hebt den Punkt, in dem man bis auf die neuere Zeit noch einen Unterschied machen konnte, besonders hervor: — sed sit plenissimus et legitimus quisque dominus, *sive servi* sive aliarum rerum ad se pertinentium.

nn) pr. I. de usuc. (2, 6) L. un. C. de usuc. transform. (7, 31) L. un. § 15 C. de rei ux. act. (5, 13).

oo) Dig. XXI 3: de exceptione rei venditae et traditae.

in verschiedenen Theilen des römischen Reichs zu einer Art von wenigstens factischer Landesherrlichkeit sich zu erheben strebten, vergrößerte sich zusehends, zwischen diesen Potenzen wurde der Raum für die kleineren Grundeigenthümer immer enger, ihre Existenz immer schwieriger. Die heillose Steueradministration war ganz geeignet, die Verdrängung des kleineren Grundeigenthums zu befördern, sie machte es für den einfachen Privatmann zu einem verderblichen Bestandtheil des Vermögens, während die Mächtigeren dem Drückenden der Last sich zu entziehen wußten. Ganze Landstriche wurden von den Eigenthümern verlassen, die auf andere Art, als Colonen oder als Pächter oder auch in den Städten ein Unterkommen suchten, andere setzten sich in unterthänige Bauern der Großen um, denen sie ihr Grundeigenthum aufgaben. In den Gesetzen seit Constantin kommt ein Patrocinium der Vornehmen vor, dem sich die Landbewohner ergaben, um von ihnen Schutz gegen die Bedrückungen der Steuerbeamten zu erhalten, ja sich den unmittelbaren Steuern an den Staat ganz zu entziehen und sich darin von dem Patron vertreten zu lassen, indem sie sich zu Abgaben gegen diesen verpflichteten und ihn dadurch gewissermaßen zum Obereigenthümer ihres Grundbesitzes machten. Zu einer anerkannten rechtlichen Gestalt konnte damals dieses Verhältniß nicht gelangen, denn es wurde natürlich von der Staatsregierung unter schweren Strafen verboten;[pp]) die stets sich erneuernde Wiederholung dieser Verbote von Constantin an bis auf Justinian herab zeigt, wie wenig Erfolg sie hatten, und wie jener Gebrauch sich immer weiter ausdehnte, bis es ihm in den Zuständen des Mittelalters gelang, sich zu ausgebildeten und anerkannten Rechtsformen zu gestalten.

Erwerbung des Eigenthums.

CCXXXVII. Das Eigenthum kann sowohl auf originäre Weise als auch durch Succession: Singular- und Universalsuccession erworben werden (§ 198). Die Ereignisse, an welche dort und hier die Erwerbung geknüpft ist: die einzelnen Erwerbsarten, gestalten sich verschieden. Zum Theil sind es Begebenheiten, die unwillkürlich jene Folge haben, bei denen daher der Wille des Erwerbers nicht zur Erwerbung gehört, zum Theil bestehen sie ganz oder wenigstens theilweise in Handlungen, die der Erwerber vornimmt. Unter diesen sind die Rechtsgeschäfte, welche diesen Zweck haben, auszuzeichnen; es sind theils Rechtsgeschäfte, die das Ius civile mit dieser Wirkung bekleidete und für die es seinem Charakter gemäß in der Regel eine solenne Form vorschrieb, theils bestehen sie in der Besitzerwerbung, dieß ist die Form, welche dem Ius Gentium zugeschrieben wird.

Aber diese Unterscheidung von civilrechtlichen und natürlichen Erwerbungen beschränkt sich nicht auf diese Fälle, alle Erwerbungen werden darunter

---

pp) Cod. Theod. XI 24: de patrociniis vicorum. Cod. Iust. XI 54: ut nemo ad suum patrocinium suscipiat rusticanos vel vicos eorum. Salvian. de gub. Dei V 7. 8: — ac per hoc infelicissimi pauperes sic sunt quasi inter concertantes procellas in medio mari positi, nunc istarum scilicet, nunc illarum fluctibus obruuntur — (Ut vim exactionis evadant) — tradunt se ad tuendum protegendumque maioribus, dediticios se divitum faciunt, et quasi in ius eorum dicionemque transcendunt —. Nec tamen grave hoc aut indignum arbitrarer — si patrocinia ista non venderent —. Novum quippe hoc genus venditionis et emtionis est. Venditor nihil tradit et totum accipit, emtor nihil accipit et totum penitus amittit etc.

begriffen (§ 236).[a]) Nach dieser Eintheilung, die lange Zeit im römischen Recht von größter practischer Bedeutung war, und die auch noch in den justinianischen Gesetzbüchern festgehalten ist, obwohl sie hier nur noch einen doctrinellen Charakter hat, sollen die einzelnen Erwerbsarten aufgezählt werden.[b])

Erwerbungen aus dem Jus civile.

CCXXXVIII. 1) Die ursprünglichste dieser Erwerbungen ist die Ueberweisung der Sache durch den Willen des Volks mittelst eines magistratischen Acts.

Diese Erwerbung kam am frühsten vor bei den in den Kriegen erbeuteten Sachen (Bd. I § 40 S. 77 f.), die entweder von dem Imperator an die Soldaten vertheilt,[a]) oder in das Aerarium bestimmt und zu diesem Zweck verkauft wurden. In beiden Fällen bestand der Act der Erwerbung in der Addiction der Sache durch den Magistrat, im letzteren durch den Quästor, der den Verkauf leitete.[b]) Der Verkauf geschah ursprünglich ohne Zweifel im Einzelnen (was nicht ausschließt, daß man auch wohl Partien von Sachen zusammenfaßte), später blieb der Gebrauch nur bei dem wichtigsten Gegenstand der verkäuflichen Beute, den Kriegsgefangenen, er wird venditio sub corona genannt.[c]) Die übrige Beute pflegte dann (auf dieselbe Weise, an den Meistbietenden, von dem Quästor) im Ganzen verkauft zu werden, so daß man die Vereinzelung dem Käufer überließ, auf den das Gesammte als universitas überging, dieß wird sectionem venire, der Käufer sector genannt.[d]) Ein Speer wurde bei

---

a) Eine Ausnahme machen in gewisser Hinsicht die Erwerbungen, welche rein dem prätorischen Edict ihren Ursprung verdanken. Von der andern Seite schließen sie sich aber der Eintheilung an, indem sie die Form einer der beiden Classen annehmen.

b) Eine Aufzählung der Erwerbsarten giebt Varro (de R. R. II 10), aber nur für das Eigenthum an Sclaven und zwar für das quiritische. Er lehrt, wonach der Käufer zu forschen habe, um sich zu überzeugen, daß der Verkäufer wirklich Eigenthümer sei: In emtionibus dominum legitimum sex fere res perficiunt: si hereditatem iustam adiit, si, ut debuit, mancipio ab eo accepit, a quo iure civili potuit, aut si in iure cessit cui (l. qui) potuit cedere et id (ibi) ubi oportuit, aut si usu cepit, aut si e praeda sub corona emit, tumve cum in bonis sectioneve cuius publice venit. Eine andere, zum Theil vollständigere Aufzählung hat Ulpian (XIX 2): Singularum rerum dominia nobis adquiruntur mancipatione, traditione, usucapione, in iure cessione, adiudicatione, lege, sie erstreckt sich auf alle Sachen, beschränkt sich aber ebenfalls auf das quiritische Eigenthum, und schließt überdieß die adquisitiones per universitatem aus. Gaius (II 15 sqq.) zieht auch die Erwerbungen aus dem Jus Gentium herein, er nennt mancipatio und traditio, in iure cessio, usucapio (alle diese faßt er unter den Begriff der Alienation), sodann occupatio, alluvio und andere Fälle der Accession, s. g. Specification, dann geht er über auf die adquisitiones per universitatem.

a) Diesen Fall meint Cicero (de invent. I 45: — si dici possit ex hostibus equus esse captus, cuius praedae sectio non venierit —.

b) Gell. XIII 24 a. E. Hier wird bemerkt, die Beutesachen selbst hießen praeda, manubiae dagegen das daraus für das Aerar gelöste Geld.

c) Der Ausdruck wird abgeleitet von den Kränzen, mit welchen die Kriegsgefangenen zum Verkauf ausgestellt wurden. Diese Sitte ist eine Thatsache, aber damit ist noch keineswegs erwiesen, daß sie es ist, welche die erste Veranlassung zu jener Benennung gegeben hat, es läßt sich auch der umgekehrte Fall denken. Wahrscheinlich bedeutet der Name ursprünglich die Oeffentlichkeit des Verkaufs, der vor dem Volk, im Ring, unter dem Umstand des Volks geschah. Gell. VII. 4. — Bei Gaius und Ulpian kommt dieser Kauf nicht mehr als eine besondere Eigenthumserwerbsart vor, ohne Zweifel, weil er es nicht mehr war, also in dieser Hinsicht wie ein anderer Kauf behandelt wurde.

d) Im ersten Fall nimmt der Staat selbst die Sectio vor, hier verkauft er die Sectio an einen Andern.

diesen Verkäufen aufgesteckt, er bezeichnete die Beute, dieses Zeichen wurde nachher auf alle derartige Verkäufe von Staatswegen übertragen.[e])

Jener Erwerbung beweglicher Sachen entspricht bei Grundstücken der Uebergang des ager publicus in das Privateigenthum. Auch dieser geschah auf doppelte Art (entsprechend der Vertheilung und dem Verkauf der Beute), entweder durch Assignation, die durch eine lex agraria oder de coloniis deducendis angeordnet, von den dadurch ernannten Magistraten ausgeführt wurde, oder durch quästorischen Verkauf (ager quaestorius § 223 g. E.). In späteren Zeiten pflegte die Assignation bei italischem Land durch Mancipation von den Magistraten an die Empfänger, in den Provinzen durch einen Scheinverkauf (nummo uno vendere) und Besitzüberlieferung zu geschehen;[f]) hier ist also die Assignation nicht mehr selbst eine besondere Erwerbsart, sondern nimmt die Form einer andern, der Mancipation oder Tradition, an, und dasselbe galt ohne Zweifel (eben wie nach Note c a. E. bei dem Verkauf der Kriegsgefangenen) auch von dem quästorischen Landverkauf. — Auch das prätorische Recht hat Erwerbungen durch Decret des Magistrats, die einzelne Sachen betreffen, z. B. das possidere iubere wegen verweigerter cautio damni infecti (§ 231 Note u), doch könnten diese auch unter den Gesichtspunkt einer Tradition und Occupation gebracht, wenigstens als bloße anomale Gestaltungen dieser Erwerbsarten betrachtet werden.

Unter diese Rubrik der Erwerbung gehören aber überhaupt alle die Fälle, wo Güter, die dem Staat zugefallen waren (bona publicata): von Schuldnern des Staats (§ 179), von Verurtheilten, oder aus einem andern gesetzlichen Grund, durch die Behörden (publice) verkauft wurden, deren Käufer (sectores, oder mit einem allgemeineren Namen bonorum emtores) das Eigenthum an den dazu gehörigen Sachen durch die Addiction als Universalsuccessoren erwerben. Diesen schließen sich später die venditiones bonorum an, welche die Prätoren (als Executionsmittel für Privatgläubiger § 179) eingeführt haben, und die für die bonorum emtores eine prätorische Universalsuccession und damit das bonitarische Eigenthum zur Folge haben.[g])

Im justinianischen Recht sind die hier genannten Erwerbungen entweder überhaupt weggefallen, wie die Verkäufe von Gütern als Gesammtheiten bei der Beute und zur Execution, indem an ihre Stelle Subhastationen der einzelnen Stücke getreten sind, theils sind sie, wie dieß bei den Subhastationen der Fall ist, keine besonderen Erwerbsarten mehr, sondern geschehen in einer der gewöhnlichen Formen, namentlich durch Tradition. Nur der Kauf der dem Fiscus als vacant oder durch Confiscation angefallenen Güter bildet noch eine besondere adquisitio per universitatem, wodurch das Eigenthum an den Käufer ohne Tradition übergeht.[h])

2) Die ersten Erwerbungen waren den ältesten Römern die durch den Staat vermittelten, jener Erwerb aus der Beute bei beweglichen, und Assignation oder quästorischer Verkauf bei unbeweglichen Sachen. Sollte nun aber

---

e) Paul. Diac. ex Festo: Hastae subiiciebantur ea, quae publice (d. i. durch einen Magistrat im Namen des Volks) venum dabant —. Für einen Privatverkauf dagegen an die Meistbietenden wird das Wort auctio gebraucht, daher wählt Cicero (agraria I 1. 2) dieses Wort, um das Verfahren eines Tribuns zu tadeln: proscribit auctionem publicorum bonorum — auctionem populi romani proscriptam a tribuno plebis —.

f) Rudorff Ackergesetz des Sp. Thorius, Zeitschrift für gesch. Rechtswiss. X S. 115 ff.

g) Gai. III 80. Ueber diese verschiedenen Fälle vgl. u. a. Stieber de bonorum emtione apud vet. Rom. 1827.

h) Vgl. L. 54 pr. D. de H. P. (5, 3).

Eigenthum aus einer Hand in die andere übergehen, wofür der Geist des alten Rechts ebenfalls eine solenne Form forderte, so lag dem damaligen Rechtsbewußtsein keine näher, als die Anwendung der gerichtlichen Vindication. Darin besteht die In Jure Cessio, welche an die obigen Erwerbungen dadurch sich anknüpft, daß sie unter der Autorität des Magistrats durch eine Addiction desselben vor sich geht. Der Eigenthümer begiebt sich mit dem, an welchen er veräußern will, vor den Magistrat, bei dem eine Legis Actio vorgenommen werden kann. Der Erwerber tritt als Kläger auf und sagt die Vindicationsworte, der Veräußerer unterläßt die Contravindication, dem zu Folge addicirt der Prätor jenem die Sache.[i]) In dieser Anwendung auf die Eigenthumsübertragung war die In Jure Cessio schon zu Gaius' Zeit und früher selten geworden (§ 236 Note e), aus dem justinianischen Recht ist sie überall verschwunden.

3) Neben der In Jure Cessio entstand ein reiner Privatact für die Uebertragung des Eigenthums, eine Handlung, die in dem alten Rechtsverkehr überhaupt eine sehr bedeutende Stelle einnimmt: die Mancipation.[k]) Der Act geht vor sich in Gegenwart von fünf Zeugen, mündigen römischen Bürgern (oder Latinen), und einer sechsten Person derselben Qualität, die eine Wage hält und libripens genannt wird. Der Erwerber (qui mancipio accipit) ergreift die Sache mit den Worten: hunc ego hominem ex iure quiritium meum esse aio, isque mihi emtus est hoc aere aeneaque libra, schlägt mit einem Stück Erz an die Wage (»rauducculo libram ferito«),[l]) und giebt es gleichsam als Kaufpreis an den Veräußernden.[m]) Bewegliche Sachen müssen gegenwärtig sein, und es können nicht mehr als auf einmal ergriffen werden können, auf einmal mancipirt werden; anders bei Grundstücken, hier fällt das Ergreifen, damit auch die Nothwendigkeit der Anwesenheit bei dem Grundstück weg, und es können mehrere und an verschiedenen Orten liegende zugleich mancipirt werden. Ein Besitzerwerb ist mit der Mancipation nicht verbunden, die Tradition ist ein davon ganz verschiedener Act, dieß ist am klarsten bei Grundstücken,[n]) aber auch bei beweglichen Sachen ist jenes Ergreifen, das hier ein wesentliches Stück der Mancipation ist, nicht als Apprehension des Besitzes zu verstehen,[o]) obwohl sich natürlich auch diese Wirkung, wenn es die Absicht war, damit verbinden konnte, und gewöhnlich damit verband. Die Mancipatio wird eine imaginaria venditio genannt, sie ist einem Verkauf nachgebildet, bei dem der Kaufpreis zugewogen ward, sie selbst aber ist eine bloße Form, welche anwendbar ist, aus welchem Grund auch das Eigenthum übertragen werden soll, ob vermöge eines wirklichen Verkaufs (der dann ein von der Mancipation ganz abgesondertes Rechtsgeschäft ist), oder einer Schen-

---

i) Gai. II 24 Ulpian. XIX 9 Isidor. V 25 cessio est propriae rei concessio — nam aliena restituimus, non cedimus, nam cedere proprie dicitur, qui contra veritatem alicui consentit.

k) Gai. I 119—122 Ulpian. XIX 3—6. [Leist Mancipation und Eigenthumstradition (1865) S. 1—199 und Civilistische Studien IV (1877) S. 133—153, Bechmann Kauf I (1876) S. 47 ff.]

l) Varro de L. L. V. 163. [Worte des Libripens. R. — Vgl. Karlowa Rechtsgeschäft 1877 S. 166.]

m) Damit war alles Wesentliche geschehen. Gewöhnlich aber beschloß den Act noch eine Aufforderung (ob von dem Mancipanten oder dem Empfänger, ist ungewiß) an eine Person, zu sehen, daß alles gehörig geschehen sei, diese Aufforderung hieß antestari aliquem, der Aufgeforderte selbst antestatus. Vgl. Huschke T. Flav. Syntr. donationis instrum. p. 43 sqq. und Walch de antestato in mancipatione 1840. *n*) S. auch Gai. IV 131.

o) So wenig als derselbe Act bei der Vindication (§ 161).

kung u. s. f.[p]) Die Mancipation, wie die In Iure Cessio wird durch die Zwölf Tafeln bestätigt.[q])

---

p) Der allgemeinste Ausdruck für die Form ist: quod per aes et libram geritur. Die Handlung, von der hier die Rede ist, heißt mancipium, mancipii datio, mancipatio. Das Wort nexum haben einige der alten Juristen in jenem allgemeinsten Sinn gebraucht, andere haben so die Handlung in ihrer Anwendung auf Obligationen (ihre Entstehung und Aufhebung) genannt: nexi datio, nexi liberatio, und unterscheiden so das nexum von dem mancipium. Beides kann auch zusammen vorkommen, mit der Mancipation kann sich eine Obligatio verbinden. So verknüpft sich auch bei dem testamentum per aes et libram mit der Mancipation des Vermögens noch ein anderer Act, die nuncupatio. Eine besondere Anwendung der Aes et Libra Solennität ist die coëmtio, als Entstehungsart der Manus über eine Frau. Vgl. über jene Sätze Varro, de L. L. VII 105. Fest. v. nexum. Cic. top. 5. [Nach der Ansicht des Verfassers und Jherings (Geist II 2 S. 569) ist also die Mancipation ein reiner Formalact gleich der in iure cessio. Allein dieser Ansicht, so allgemein sie verbreitet ist, stehen folgende Gegengründe entgegen. Einmal ist die Mancipation Erwerbshandlung, nicht wie die in iure cessio eine Schutzhandlung. Für Erwerbs- und Verpflichtungshandlungen aber gilt das Princip, daß der nackte Vertrags- und Veräußerungswille zur Ergänzung einer civilen Rechtswirkung nicht genügt, wenn er nicht in einer civilrechtlich anerkannten causa verkörpert ist (Ulp. 19 L. 7 § 2 D. de pact. 2, 14). Zweitens hat sich die Mancipation von der materiellen causa emptionis niemals ganz abgelöst. Dieß ergiebt sich aus dem zweiten Theil des Formulars isque mihi emptus esto hoc aere aheneaque libra, der nicht mit Jhering auf die nexi liberatio, welche überall nicht in das Kaufgeschäft gehört, sondern auf die Nothwendigkeit der reellen Preiszahlung nach § 41 I. de rer. div. (2, 1) zu beziehen ist, weshalb der Verkäufer mit der actio auctoritatis auf das Doppelte haftet und bei Schenkungen und Fiducia, wo die Evictionsleistung wegfällt, nur nummo uno mancipirt wird, vgl. L. 37 C. de don. (8, 53) und die spanische Fiduciartafel (Zeitsch. für R. G. IX. (1870) S. 118). Endlich drittens wird bei Eigenthumsentäußerungen zu anderen Zwecken als dem wirklichen Verkauf statt der emptio die donationis oder fidei fiduciae causa genannt, das Geschäft bleibt aber gleichwohl noch eine emptio venditio: neben dem rauduscul um der alten imaginären venditio erscheint nämlich entweder ein pretium (fr. Vat. 50) oder ein nummus unus; denn ohne dieses wäre kein Kauf mehr, mit dem Einen oder dem Andern aber ist es insofern noch ein Kauf, als der Kaufpreis facultativ ist L. 22 § 3 L. 46 D. locati (19, 2). Die Mancipation ist mithin entweder 1) Scheinkauf und wirklicher Kauf oder 2) Scheinkauf und Kauf zu einem andern Zwecke, oder 3) Scheinkauf, wirklicher Kauf und Kauf nummo uno, was noch Leist Mancipation S. 161. 170. 176 bestreitet, nunmehr aber die Fiduciartafel Z. 15 deutlich ergiebt, vgl. Krüger, Krit. Vers. S. 43. R.]

q) Fragm. vat. 50: — quia et mancipationem et in iure cessionem lex XII tabularum confirmat. Die Stelle für die Mancipation ist wahrscheinlich die von Festus (v. nuncupata) gegebene: cum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita ius esto. [Aus der Zusage, — nicht wie Jhering Geist (II 2 S. 571) annimmt, aus dem furtum nec manifestum des Kaufpreises haftet der Verkäufer im Fall der Eviction und für Mängel auf das Doppelte (Cic. de off. 3, 16 ac de iure quidem praediorum sancitum est apud nos iure civili, ut in his vendendis vitia dicerentur quae nota essent venditori. nam cum ex XII Tabulis satis esset ea praestari quae essent lingua nuncupata, quae qui infitiatus esset dupli poenam subiret, a iureconsultis etiam reticentiae poena est constituta. Paul. sent. 2, 17, 3) res empta mancipatione et traditione perfecta si evincatur, auctoritatis venditor duplo tenus obligatur. Diese Verpflichtung auf das Doppelte kann durch Bürgenstellung verstärkt werden, eine solche Verstärkung der actio auctoritatis nannte man satisdatio secundum mancipium zum Unterschiede von der Verpflichtung des sponsor oder fidepromissor für die verborum obligatio: Cic. ad Att. 5, 1. 2. Sunt aliquot satisdationes secundum mancipium, in his et Memmianorum praediorum vel Atilianorum. Grammatici Latini ed. Keil IV p. 300 s. s. m. satis secundum mancipium und die spanische Fiduciartafel Z. 15: pecunia praesenti venderet, mancipio pluris sestertio nummo uno invitus ne daret neve satis secundum mancipium daret neve ut in ea verba quae in verba satis secundum mancipium dari solet repromitteret neve simplam neve *(duplam)* cf. Varro de L. L. VI 74 M. Der Bürge wurde im gemeinen Leben (vulgo) auctor secundus genannt L. 4 pr. L. 56 pr. D. de evict. (21, 2), sei es weil er in der Kaufurkunde den zweiten Platz einnahm oder weil er erst nach Excussion des Verkäufers belangt zu werden pflegte. Die Verpflichtung des Verkäufers ist also strenger als gewöhnlich; nach den Regeln der condictio sine causa würde er im Fall der Eviction nur den Kaufpreis zurückgeben. Der Grund der größeren Strenge ist die infitiatio vor den Volkszeugen, die Lüge und Täuschung in Betreff des Eigenthums und der Gewähr. Daraus

Aber während die früher erwähnten Erwerbungen des quiritischen Eigenthums bei allen Sachen stattfanden, welche dieses Eigenthums fähig sind, ist die Mancipation auf gewisse Gegenstände eingeschränkt. Diese heißen eben darum Gegenstände der Mancipation, res mancipi (mancipii),[r] die übrigen werden als res nec mancipi ihnen entgegengesetzt.[s]

Von den Sachen sind res mancipi und also Gegenstände der Mancipation als Eigenthumsübertragung: 1) italische Grundstücke (seien es praedia rustica oder urbana); 2) Sclaven; 3) einheimische Zug- und Lastthiere (quadrupedes quae dorso collove domantur), also Rinder, Pferde, Maulesel, Esel, Kameele und Elephanten sind res nec mancipi. Die Proculianer forderten aber auch bei jenen den wirklichen Gebrauch zum Ziehen oder Tragen, oder wenigstens die Erreichung des dazu tauglich machenden Alters, die Sabinianer hielten sie von der Geburt an für res mancipi.[t] Außer diesen Sachen sind noch res mancipi: 1) servitutes praediorum rusticorum (§ 253. 256); 2) freie Menschen, wenn sie in potestas, manus oder mancipium sind (§ 214, 5); 3) unter Umständen auch ein Vermögen (familia), nämlich bei der Errichtung eines Testaments.

Man hat über den Grund, auf dem jene Unterscheidung beruht, unzählige Meinungen aufgestellt.[u] Diese Mannigfaltigkeit der Ansichten ist dadurch entstanden, daß man nur darauf ausgegangen ist, das gemeinschaftliche Merkmal der res mancipi gegenüber den res nec mancipi aufzufinden, und etwa ein solches, das jenen ein hinlängliches (politisches oder nichtpolitisches) Gewicht gebe, um ihre besondere Hervorhebung erklärlich zu machen.[v] Aber damit ist das Problem nicht zu lösen, es kommt vielmehr darauf an, den Zusammenhang

---

erklärt sich zugleich die mancipatio nummo uno: wo keine Gewähr geleistet wird, mußte man die simpla auf ein Minimum reduciren; ganz weglassen konnte man sie nicht, weil ohne Geld kein Kauf existirt und seit der Silberwährung konnte das Rauduscului nicht mehr zum Uebergang des Eigenthums ausreichen (§ 241). Die Verpflichtung zur Gewährleistung fällt aber gesetzlich weg, wenn der Käufer usucapirt hat (L. 54 D. de evict. 21, 2), der Verkäufer hat gegen die Regreßklage nach 1, 2, 5 Jahren eine Einrede, welche die Byzantiner exceptio annalis contractus italici nannten: L. 1 D. de ann. exc. (7, 40) L. 14 pr. C. de serv. (3, 34) (vgl. § 240 i), die Bürgen schützte die lex Furia de sponsu, indem sie die Verpflichtung auf ein biennium herabsetzte, welches in der satisdatio secundum mancipium praediorum als eines besonders wichtigen Objects seinen Ausgangspunkt hatte, vgl. Gai. III 121 fr. Vat. 334. L. 72 D. de procur. (3, 3) L. 37 L. 69 D. de fidei. (46, 1) L. 38 § 4 L. 71 § 1 D. de solut. (46, 3) L. 4 D. de div. temp. (44, 3) L. 25 § 1 D. ratam (46, 8) u. a. m. R. — Ueber die satisdatio secundum mancipium vgl. noch Bechmann Kauf I (1876) § 48].

r) Niebuhr röm. Gesch. I Anm. 1044. Die Bemerkung, daß mancipi der contrahirte Genitiv sei, hat schon Vossius gemacht de arte gramm. III 46.

s) Ulpian. XIX 1 Gai. II 15—17 I 120.

t) Ob Isidorus (orig. IX 4, 45), wenn er sagt: haec enim animalia statim ut nata sunt, mancipium esse putantur; nam et ea, quae in bestiarum numero sunt, tunc videntur mancipium esse, quando capi sive domari coeperunt, eine solche dritte Ansicht wirklich in seinen Quellen vorfand, oder ob er nur mißverstand, was er von der Möglichkeit des Eigenthums überhaupt las (Gai. II 67), mag dahingestellt bleiben.

u) Die neueren stellt zusammen Danz Lehrbuch der Gesch. d. R. R. § 119 [vgl. Mommsen Staatsrecht II (1877) S. 377, Leist Civilistische Studien IV (1877) S. 137 ff.]

v) So hat man die res mancipi als diejenigen erklärt, die für die Römer, als Ackerbau treibendes Volk, in alter Zeit die kostbarsten gewesen seien (Hugo), oder für Pertinenzen eines Landguts, dieses eingeschlossen (Walter), oder als die censirbaren Sachen (Niebuhr, der aber mancipium für Eigenthum nimmt, und daher res mancipii für Gegenstände des quiritischen Eigenthums, oder als die Gegenstände der Beute (Manhayn über den Ursprung und die Bedeutung der r. m. u. n. m. im alten R. R. 1823). Es war nicht der Mühe werth, die Priorität der zuletzt erwähnten Meinung dem dafür angeführten Schriftsteller zu bestreiten, wie es seiner Zeit geschehen ist. Sie liegt so nahe, daß man sehr leicht darauf kommen konnte, es ist aber mit ihr allein noch nichts gewonnen, wenn nicht die rechte Folgerung daraus gezogen wird.

jener als res mancipi hervorgehobenen Sachen mit der Mancipation zu ermitteln. Vor allem muß das Verhältniß dieser Sachen zu der Mancipation selbst festgestellt werden. Eine gewöhnliche Vorstellung ist: res mancipi seien Sachen, welche mancipirt werden müßten, um vollständig, d. i. zu quiritischem Eigenthum veräußert zu werden.[w]) Diese Vorstellung ist schon deswegen unrichtig, weil die Mancipation nichts weniger als die ausschließliche Erwerbsart dieser Sachen, ja nicht einmal die ausschließliche Veräußerungsart ist, sie können auch durch In Iure Cessio veräußert werden.[x]) Vielmehr sind sie zu bestimmen als Gegenstände, die mancipirt werden können, so daß bei allen andern die Mancipation unanwendbar ist, keine rechtliche Wirkung hat. Dieß ist für gewisse res nec mancipi unwidersprechlich; die Servituten sind theils res mancipi, theils res nec mancipi, niemand versteht hier die Eintheilung so, daß alle Servituten mancipirt werden könnten, und daß die Rusticalservituten, weil sie als res mancipi erklärt seien, mancipirt werden müßten, vielmehr muß jeder zugeben, daß nur die letzteren der Mancipation fähig sind.[y]) Warum sollte nun bei andern Gegenständen die Eintheilung plötzlich eine andere Bedeutung haben? Daß dieß nicht so ist, zeigt zum Ueberfluß Ulpian, welcher die Mancipation propria species alienationis rerum mancipi nennt; was er damit meint,[z]) ergiebt sich daraus, daß er im Gegensatz dazu die usucapio und in iure cessio eine communis alienatio et mancipi rerum et nec mancipi nennt (und er wiederholt dieß auch bei den folgenden Erwerbsarten), also die Mancipatio ist nach ihm keine solche, d. i. sie findet nicht auch bei res nec mancipi statt. Eben so sagt er von der Tradition, sie sei propria alienatio rerum nec mancipi, es ist von selbst klar, daß er ihr damit die Eigenschaft einer Alienation bei res mancipi abspricht.[aa])

---

w) Von diesem Standpunkt kommt man auf die gewöhnlichen Erklärungen, die nur erklären wollen, warum man für die Veräußerung eine feierliche Form gefordert hat, nicht aber, warum diese Form die Mancipation ist.

x) Was man eigentlich bei jener Vorstellung im Sinn hat, ist, daß die res nec mancipi durch bloße Tradition veräußert werden können; man verläßt also, indem man sie erklären will, die römische Eintheilung, und substituirt ihr stillschweigend die in res quae traditione alienari possunt und non possunt. Würde nun diese auch zufällig ganz mit der in res nec mancipi und mancipi äußerlich zusammentreffen, so wäre die letztere doch immer eine andere, wie sich schon aus der außerdem ganz unerklärlichen Benennung ergiebt, aber jenes ist nicht einmal der Fall, es giebt res nec mancipi, bei denen die Tradition keine civilrechtliche Wirkung hat.

y) Gai. II 29: Sed iura praediorum urbanorum in iure tantum cedi possunt, rusticorum vero etiam mancipari possunt.

z) Es könnte nämlich entweder heißen: die res mancipi können nur durch Mancipation gegeben werden, oder: die Mancipation ist nur bei res mancipi anwendbar. Das erste wäre ein offenbar falscher Satz, also bleibt allein das zweite, und dieß wird durch das im Text Folgende bestätigt. [Außerdem durch Cic. top. 10 finge mancipio aliquem dedisse id quod mancipio dari non potest (schon Boethius erklärt dies durch: si quis rem nec mancipi mancipaverit), num idcirco id eius factum est, qui accepit? aut num is, qui mancipio dedit, ob eam rem se ulla re obligavit? R.]

aa) Ulpian. XIX 3. 7. 8. 9. 16. 17. Daß man im bürgerlichen Verkehr zuweilen die Mancipation auf solche res nec mancipi, auf die man ein großes Gewicht legte, und deren Veräußerung und Erwerbung man daher mit einer gewissen Solennität umgeben wollte, angewendet habe, ist eine Möglichkeit, die auch ohne besonderes Zeugniß zugegeben werden kann, die aber den aufgestellten Begriff nicht verändert. Ein Jurist, dem ein solcher Fall vorgelegt worden wäre, würde respondirt haben: ist dir diese Sache bloß mancipirt worden, nicht auch tradirt, so bist du nicht Eigenthümer geworden, ist das letztere zugleich geschehen (wie es bei der Mancipation beweglicher Sachen gewöhnlich ist), so hast du Eigenthum durch die Tradition erworben, das Hinzukommen des juristisch wirkungslosen Acts der Mancipation schadet nicht, und natürlich ist es dir überdieß unverwehrt, deine s. g. Mancipationszeugen und Libripens als Beweiszeugen für die geschehene Tradition zu benutzen. — Als Zeugniß für eine solche Anwendung der Mancipation hat man Tac. annal. I

Nun läßt sich erst die Frage nach dem Grund der Unterscheidung richtig fassen und beantworten. Die Frage ist: warum sind bloß jene Dinge, die darum unter dem Ausdruck res mancipi zusammengefaßt werden, als Gegenstände der Mancipation anerkannt worden? Dieser Grund muß in der Mancipation selbst gesucht werden, zugleich aber müssen wir eben darum von den Gegenständen absehen, auf die offenbar diese Handlung von Anfang nicht berechnet war, auf die sie erst nachher übergetragen worden ist. Dieß sind alle die, bei denen das manu capere, der prägnanteste Theil der Handlung, von dem sie den Namen hat, nicht stattfand: Grundstücke, Rusticalservituten, Familia. Eine Erklärung, die nicht auf diese paßt, wird so wenig eine unvollkommene genannt werden können, daß dieß vielmehr zu den Kennzeichen ihrer Richtigkeit gehört. Es bleiben uns also Menschen und die größeren Vieharten übrig. Dieß nun sind gerade die Sachen, welche bei dem Verkauf der Beute vorkommen (s. oben 1), die in ihren zum Verkauf geschickten Bestandtheilen eben aus Kriegsgefangenen und weggetriebenem Vieh bestand.[bb]) Und so ist

---

73 angeführt, wo von der Mancipation einer Statue die Rede sei, aber Tacitus spricht ausdrücklich von dem Fall der Veräußerung eines Grundstücks mit der darauf befindlichen Statue, nicht von einer Mancipation der Statue als einer besonderen Sache. Ein zweites Zeugniß hat man bei Plin. hist. nat. IX 60 (35) gefunden. Dieser, die Luxusartikel: Perlen und kostbare Gewänder, denen die Mode fast gleichen Werth beilege, gegen einander abwägend, bemerkt: et hoc tamen (er spricht von Perlen erster Größe) aeternae prope possessionis est, sequitur heredem, in mancipatum venit ut praedium aliquod, conchylia et purpuras omnis hora atterit —. (An einem andern Ort vergleicht er in dieser Hinsicht noch die Parfümerien mit jenen beiden Artikeln, wodurch die Gewänder auf eine Mittelstufe sich erheben: haec est materia luxus e cunctis maxime supervacui. Margaritae enim gemmaeque ad heredem tamen transeunt, vestes prorogant tempus, unguenta illico exspirant ac suis moriuntur horis, XIII 4). Dirksen (vermischte Schriften 1841 S. 78 ff.) will jene Stelle, um eine Mancipation der Perlen zu entfernen, von einer Gesammtmancipation anderer Objecte (und zwar unter Lebenden) erklären, bei der die Perlen zurückbehalten, also von der Mancipation ausgenommen würden, eine Erklärung, die geradezu unmöglich ist, nicht weniger nach dem Resultat (was ist das für eine res mancipi, bei deren Mancipation es jemanden hätte einfallen können, eine Perle, die außerdem mit inbegriffen gewesen wäre, auszunehmen?) als nach den Worten (in mancipatum venit, — Dirksen's Plinius bezeichnet damit das, was der römische wie jeder andere Römer mit in mancipatum non venit ausgedrückt hätte). Vgl. dagegen Rudorff Minutiorum sententia inter Gen. et Vit. dicta (1842) p. 11. 12. Die Stelle des Plinius läßt eine doppelte Erklärung zu. Geht man davon aus, kein besonderes Gewicht auf in mancipatum zu legen (und das ist bei einem nichtjuristischen Schriftsteller sehr wohl zulässig), so stellt sich folgender Sinn heraus: eine solche Perle kommt vom Vorfahr auf den Nachkommen, sie geht auch unter Lebenden von Hand zu Hand, ihre Dauer ist der eines Grundstücks zu vergleichen. Hält man aber jene Voraussetzung für bedenklich, und bleibt bei der Mancipation der Perlen stehen, so sagt Plinius: man stellt sie als ein dauerndes Gut den Grundstücken gleich, und sucht sich daher des Erwerbs durch den Gebrauch umständlicher Solennitäten zu sichern, deren Anwendung bei einem vielleicht nicht weniger kostspieligen, aber schnell verbrauchten Gegenstand eine Lächerlichkeit wäre. Nach der ersten Erklärung hört die Stelle völlig auf, für die Mancipation in Betracht zu kommen, aber auch nach der zweiten alterirt sie, wie bemerkt, die Lehre von den res mancipi und ihrer Bedeutung nicht. Das ist überdieß klar, die Aeußerung des Plinius wird hier gerade dadurch, daß die Perlen res nec mancipi sind, und die Mancipation bei ihnen keine juristische Bedeutung hat, desto nachdrücklicher. [Huschke, Zeitschr. für gesch. R. W. XII Num. 9, bringt noch eine dritte, schon von F. C. Conradi aufgestellte Erklärung in Erinnerung, nach welcher das in mancipatum venit ut praedium aliquod die Tauglichkeit der Perlen bezeichnet, für die Verpflichtungen eines Manceps gegen den Staat statt der üblichen praedia (Richter's Jahrbb. V, 605) als Sicherheit zu dienen. R.]

bb) Wer glaubt, bei den Raubzügen, in denen die Kriege der ältesten Römer regelmäßig bestanden, hätte man sich mit Schafen, Ziegen, Schweinen befaßt, der möge, denn wir haben für jene Verhältnisse ein uns gleichzeitiges Beispiel, bei den Tscherkessen nachfragen, ob sie bei ihren Einfällen in das Gebiet der Grenzkosaken nach andern lebenden Wesen greifen, als Menschen, Pferden, Rindern, und ob sie den Rath, eine Heerde Schafe heimzutreiben, als einen dankenswerthen aufnehmen würden. [Vgl. jedoch z. B. 2 Buch der Chron. c. 14, 15.]

denn die Mancipation jenem Kauf aus der Beute nachgebildet; wie diese Sachen durch eine natürliche Ergreifung in die Macht des römischen Volks gekommen waren, so kamen sie durch eine civilrechtliche Ergreifung, mancipium, in die Macht des einzelnen Bürgers, und eben so auch von einer Hand in die andere, denn bei diesen Sachen wurde es gestattet, ohne in iure cessio, durch eine ihrer ursprünglichen Erwerbung nachgeahmte Solennität in Gegenwart von fünf, den Umstand des Volks repräsentirenden Zeugen das Eigenthum zu übertragen. Die Eigenschaft einer res mancipi bedeutete damals nicht eine Beschränkung, sondern eine Erweiterung ihres Erwerbs, die Befreiung von der Nothwendigkeit der In Iure Cessio; diesen Vortheil wollte man nun auch den Grundstücken und gewissen damit verbundenen Rechten zuwenden, auf welche die Mancipation ausgedehnt, und die somit unter die Zahl der res mancipi aufgenommen wurden. Zuletzt betrachtete man auch das Vermögen, um eine testamentarische Verfügung außer dem testamentum calatis comitiis und in procinctu möglich zu machen, als einen mancipirbaren Gegenstand. Erst später, als für res nec mancipi eine noch bequemere Veräußerung in der Tradition entstand, konnte der Umstand, daß eine Sache (dieß gilt aber auch bloß von Sachen) res mancipi war, als eine Erschwerung ihrer Veräußerung erscheinen. Dieser Zeit erst gehört die Auffassung der res mancipi als der kostbareren Sachen an, worin man eine Rechtfertigung jener Erschwerung fand.[cc])

Dem justinianischen Recht ist die Mancipation fremd, die Unterscheidung von res mancipi und nec mancipi hat Justinian zum Ueberfluß noch ausdrücklich bei Gelegenheit seiner neuen Bestimmungen über die Usucapion aufgehoben.[dd])

4) Wenn der Richter im Eigenthumsproceß das Eigenthum des Klägers anerkennt, so ist dieß für diesen keine Eigenthumserwerbung, denn entweder ist er Eigenthümer, und kann es also nicht erst werden, oder er ist es nicht, dann wird er es nicht durch die Sentenz, die diesen Zweck nicht hat, sondern nur dominium quod est declarare debet.[ee]) Aber es giebt allerdings eine Sentenz, welche den Zweck und die Wirkung hat, Eigenthum zu übertragen, nämlich die Sentenz in Theilungsprocessen, insofern sie eine Adjudication enthält (§ 166 a. A.). — Die Adjudication ist daher eine Eigenthumserwerbsart, durch sie selbst, ohne daß noch ein anderer Act hinzukommen müßte, geht das Eigenthum an der adjudicirten Sache über, mag sie res mancipi oder nec mancipi sein.[ff]) Sie ist eine derivative Erwerbung, auf den Erwerber geht der bisherige Eigenthumsantheil der andern Partei über, hatte diese kein Eigen-

---

cc) Gai. I 192 betrachtet aus diesem Gesichtspunkt den Satz, daß eine Frau res mancipi nicht ohne Auctoritas Tutoris veräußern kann (vgl. § 202, 2 b). Eigentlich stammt diese Unfähigkeit, die er durch die größere Kostbarkeit der res mancipi erklären will, aus der Unfähigkeit der Frauen zu Civilrechtsgeschäften. Als die Veräußerung der res nec mancipi durch Tradition, also durch einen Act, der kein civile negotium ist, möglich geworden war, blieben sie nur in Beziehung auf res mancipi beschränkt, deren Veräußerung nach wie vor ein civile negotium voraussetzte.

dd) Cod. VII 31: de usuc. transform. et de sublata differentia rerum mancipi et nec mancipi.

ee) Vgl. L. 8 § 4 D. si serv. vind. (8, 5).

ff) Ulpian. XIX 16 § 7 I. de off. iud. (4, 17). Nach fragm. vat. 47 ist anzunehmen, daß die Adjudication nur dann das quiritische Eigenthum bewirkte, wenn der Judex ex lege bestellt war, nicht, wenn seine Function bloß auf dem Imperium des Magistrats beruhte (§ 159), daß also in dem letzten Fall bloß das bonitarische ihre Folge war.

thum, so erwirbt auch der, welchem adjudicirt worden, nur die condicio usucapiendi.[gg])

5) Der Erbe wird durch Erwerbung des Erbrechts Eigenthümer der Sachen, deren Eigenthümer der Erblasser war. Dieß ist eine Erwerbung, die mit dem Uebergang eines gesammten Vermögens verknüpft ist, eine adquisitio per universitatem. Ihr schließen sich andere adquisitiones per universitatem, theils nach Jus civile, theils nach prätorischem Recht, an. Ein solcher Uebergang ist theils die Folge eines selbständigen Rechts an dem Vermögen, theils der potestas oder manus, die über das bisherige Subject des Vermögens erworben wird. Die näheren Voraussetzungen dieses Erwerbs kommen bei den Rechten vor, von denen er eine Folge ist.

6) Es giebt Fälle, wo unmittelbar durch eine rechtliche Vorschrift (lege) Eigenthum erworben wird, die an gewisse Ereignisse diese Wirkung knüpft, ohne daß die Erwerbung sich mit einem Willensact verbindet, und wo namentlich keine vermittelnde Thätigkeit des Erwerbers erforderlich ist. Dahin kann der Erwerb einer vermachten Sache gehören, wovon im Erbrecht die Rede sein wird. Ferner sind die Fälle hieher zu rechnen, wo ein Eigenthümer das Eigenthum verwirkt, so daß es auf einen andern übergeht, wie z. B. der Eigenthümer durch Zolldefraudation das Eigenthum der Sache, die zu verzollen war, an den Zollberechtigten (den Fiscus oder Publicanus) verliert.[hh])

CCXXXIX. Wir schließen die Reihe der civilrechtlichen Erwerbsarten mit der, welche zur Ergänzung der übrigen bestimmt ist, mit der Ersitzung oder Usucapion: der Erwerbung des Eigenthums durch fortgesetzten Besitz der Sache.[a]) Dieses Institut kommt in den Zwölf Tafeln unter dem Namen usus auctoritas (usus et auctoritas) vor,[b]) später heißt es ususcapio, usu-

---

gg) L. 17 D. de usurp. (41, 3).

hh) L. 14 D. de publicanis, vectigalibus et commissis (39, 4) L. 2 C. de vectig. et commissis (4, 61).

a) Für die Einzelheiten dieser Lehre ist vornehmlich brauchbar Unterholzner ausführliche Entwickelung der gesammten Verjährungslehre (1828) [2 Aufl. mit Nachträgen von Schirmer 1858], insonderheit Thl. 2 S. 71—110, das Uebrige im ersten Theil verstreut unter die Lehren von den andern Verjährungen.

b) Cic. top. 4: — ut quoniam usus auctoritas fundi biennium est, sit etiam aedium. At in lege aedes non appellantur et sunt ceterarum rerum omnium quarum annuus est usus. Cic. pro Caec. 19: Lex usum et auctoritatem fundi iubet esse biennium. At utimur eodem iure in aedibus, quae in lege non appellantur. Das Wort bedeutet das auf diese Weise erworbene Recht, es bezeichnet das Hinzukommen des rechtlichen Elementes (auctoritas) zu dem factischen (usus), wie auch Modestinus L. 3 D. de usurpationibus et usucapionibus (41, 3) definirt: usucapio est *adiectio dominii* per continuationem possessionis temporis lege definiti; und vielleicht hatte auch Ulpian (XIX 8) in seiner, von Modestin offenbar copirten Definition (die drei letzten Worte sind von den Compilatoren, denen das anni vel biennii nicht mehr paßte): usucapio est autem dominii adeptio per continuationem possessionis anni vel bienni, das Wort adiectio, das durch einen Abschreiber verdrängt worden ist, wie manche Kritiker in der Pandektenstelle adeptio statt des auffallenderen adiectio haben setzen wollen. [Isidor V 25: usucapio est adeptio dominii per continuationem iustae possessionis vel biennii vel alicuius temporis. R.] Die Redeweise: usus auctoritas fundi biennium est, erklärt sich so: der Erwerber kann sagen, die Zeit ist mein Recht. [Eine andere Erklärung hat Mommsen de auctoritate (1843) § 3 zu begründen versucht. Nach ihm bestimmt die Lex wörtlich nur das Ende der Gewährspflicht des Auctors, der sich durch die Mancipation der Sache zur Vertretung und Evictionsleistung obligirt hat. Allein wo bliebe dann die Gewährspflicht des Cedenten? Und wäre nicht wenigstens gleichzeitig in der Lex auch die Usucapion anerkannt, da die Liberation des Auctors doch nur in dem Erwerb eigener Gewähr des Successors ihren Grund haben kann? — Wieder anders übersetzt Schirmer Grundidee der Usucapion 1855 S. 34: „der usus, der zugleich eine Bekräftigung ist, muß zwei Jahr dauern". Den richtigen Weg hat schon Boethius (p. 308 Orell.)

capio.[c]) Als Ergänzung ist nachher die longi temporis praescriptio daneben getreten; im justinianischen Recht sind beide Institute verschmolzen, und ein drittes in der praescriptio xxx annorum hinzugekommen, welches sich jenen beiden als außerordentliche Ersitzung gegenüberstellen läßt. Wir beginnen mit der usucapio.

Die Usucapion ist eine rein civilrechtliche Erwerbung, daher ist sie für einen Peregrinen unmöglich.[d]) Sie setzt ferner voraus, daß die Sache des Eigenthums,[e]) und insbesondere des quiritischen Eigenthums fähig ist, daher findet sie keine Anwendung bei Provincialgrundstücken.[f]) Die Unterscheidung zwischen res mancipi und nec mancipi hat keinen Einfluß auf die Usucapion.

Die Bedeutung des Instituts als Ergänzung eines im allgemeinen rechtmäßigen oder als solchen vorauszusetzenden, aber doch irgendwie unvollkommenen Erwerbs, ist oben schon hervorgehoben worden (§ 233, 236). Die Usucapion ist nicht dazu erfunden, um die Sache dem zu verschaffen, welchem sie nicht gebührt, und so ihm zu einem Gewinn auf Kosten des rechtmäßigen Eigenthümers zu verhelfen;[g]) dieß gilt nicht allein von dem Fall, wo die Usu-

---

gezeigt, indem er usus für den Genetiv nimmt: aedium usus auctoritatem biennio fieri sentit „die Bekräftigung (Gewähr) des Besitzes eines Grundstücks soll ein zweijähriger, der übrigen Güter ein einjähriger Zeitraum sein". Damit ist übrigens noch gar nicht gesagt, daß „die Zeit allein sein Recht" sei, so wenig wie es Eins der übrigen Erfordernisse, z. B. Besitz oder Titel allein ist, wie die neuesten Schriftsteller (Schirmer, Stintzing, v. Scheurl) glauben, oder die bona fides, wie die ältern annahmen. Am allerwenigsten aber ist dadurch der Rechtsverlust des bisherigen Eigenthümers ausgeschlossen, ein Irrthum, in welchem Schmidt der principielle Unterschied 1853 S. 110 sogar das Charakteristische des römischen Rechts gegenüber dem deutschen gefunden hat. — Mit unserm Satze verbindet Burckhard Ztschr. für Rechtsgeschichte Bd. VII 1 (1868) S. 79—108 das Zwölftafelgesetz ‚adversus hostem aeterna auctoritas' und ‚rei furtivae auctoritas'. Dadurch soll der ganz neue Sinn entstehen, daß das Besitz- und Eigenthumsrecht beim Fundus 2 Jahre, bei den übrigen Sachen 1 Jahr, dem Fremden gegenüber aber das Eigenthumsrecht stets fortdauern. Allein um diesen Sinn herauszubringen, ist der Verfasser genöthigt, das Besitzrecht (usus) auf Staatsland und nur die auctoritas auf das Privatland zu beziehen. Er liest daher usus (et) auctoritas fundi biennium ceterarum rerum (sc. auctoritas) annus est, obgleich Cicero sagt quarum annuus est usus, abgesehen davon, daß die völlig differenten Functionen der Besitzbekräftigung und der Rechtsgewähr verwechselt werden. Vgl. dagegen Umfried Ztschr. für R. G. IX (1870) S. 195 f. R.]

c) Gell. VII 10: Ut haec usucapio dicitur copulato vocabulo, *a* litera in eo tractim pronuntiata, ita pignoriscapio iunctae sunt partes et producte dicebatur——. Per quod satis dilucet, hanc capionem posse dici quasi hanc captionem, et in usu et in pignore.

d) Ein Peregrine kann die Sache eines Römers im Besitz haben, dieser Umstand aber kann das quiritische Recht des Römers nicht aufheben, usus und auctoritas konnten sich nie in der Person des Peregrinen vereinigen, die letztere blieb daher immer dem Römer. Seit der Anerkennung des Jus Gentium wurde sie freilich unwirksam, insofern der Peregrine eine rechtmäßige Erwerbung, in der ihn der Prätor schützte, für sich anführen konnte. Jenen Satz enthält die Stelle der Zwölf Tafeln: adversus hostem aeterna auctoritas Cic. off. I 12. Hostis nennt die alte Sprache den Peregrinen; von dem perduellis, dem Feind, gilt der Satz nicht, kommt die Sache eines Römers in die Gewalt eines solchen, so geht die auctoritas unter (§ 241). [Mommsen (Note b) versteht das Gesetz von der unbegrenzten Vertretungspflicht des Römers, der an einen Peregrinen, oder an einen andern Römer verkaufte, von dem ein Peregrine die Sache im Recuperatorengericht vindicirt. R.]

e) Daher z. B. keine res sacra oder religiosa usucapirt werden kann, eben so wenig ein freier Mensch Gai. II 48. Wenn die Zwölf Tafeln besonders hervorgehoben haben, daß ein Begräbnißplatz und was dazu gehört (forum bustumve) nicht usucapirt werden kann (Cic. de leg. II 24), so ist dieß nicht eigentlich eine Ausschließung der Usucapion, sondern eine Erklärung, daß res religiosae nicht durch bloßen Privatwillen aufhören es zu sein, auch wenn sie noch so lange als profan behandelt worden wären.

f) Gai. II 46.

g) Als Ausnahme kommt es vor, daß die Usucapion allerdings diesen Charakter hat; sie führt dann eben darum den Namen *lucrativa* usucapio.

capion bloß die mangelnde Form der Erwerbung ergänzt, und das bonitarische in quiritisches Eigenthum verwandelt, sondern auch wo sie den zum Eigenthümer macht, der bis dahin überhaupt kein Eigenthum an der Sache nachzuweisen im Stande war. Allerdings läßt sich der Erfolg, daß dem wahrhaften Eigenthümer dadurch sein Recht entzogen wird, nicht völlig ausschließen, diese Möglichkeit soll aber mehr in die Ferne gerückt und überhaupt zu einer erträglicheren gemacht werden durch die Erfordernisse der Usucapion, die nun dargestellt werden sollen.

a) Vor allem ist durch die Zeit, deren Ablauf erst die Wirkung des Eigenthumserwerbs hat, dem Eigenthümer, der die gehörige Sorgfalt auf sein Vermögen wendet, die Möglichkeit gegeben, den Verlust abzuwenden, indem er vor ihrem Ablauf sein Eigenthum geltend macht.[h]) Diese Zeit ist zwar nach dem Recht, welches bis auf Justinian galt, kurz: ein Jahr bei beweglichen, zwei Jahre bei unbeweglichen Sachen (oder wie die Zwölf Tafeln eigentlich sagen, was indessen in jener Weise interpretirt worden ist, zwei Jahre bei einem Fundus, bei allen andern Gegenständen ein Jahr),[i]) eine Zeit, die im justinianischen Recht auf drei Jahre bei beweglichen, zehn oder zwanzig bei unbeweglichen Sachen erhöht ist (s. unten), und diese Zeit ist ein tempus continuum,[k]) aber sie erschien als genügend in den älteren Verhältnissen des römischen Volks, und in den späteren Zeiten konnte einer auffallenden Unbilligkeit (so wenn der Eigenthümer durch Abwesenheit verhindert gewesen war, der Usucapion zuvorzukommen) durch In Integrum Restitutio abgeholfen werden.[l])

Diese Zeit muß seit dem Anfang des Besitzes abgelaufen sein, der Erbe aber succedirt in die Usucapion seines Erblassers, er beginnt nicht eine neue, sondern setzt die des Erblassers fort, daher datirt er die Usucapion nicht von seinem, sondern von dem Besitzerwerb des Verstorbenen.[m]) Daß man den

h) L. 1 D. de usurp. et usuc. (41, 3): — quum sufficeret dominis ad inquirendas res suas statuti temporis spatium.

i) Note b. Gai. II 42 Ulpian. XIX 8 u. A.

k) Paul. L. 31 § 1 D. de usurp. (41, 3): In usucapionibus mobilium continuum tempus numeratur. Durch die Interpolation des tempus statt des von Paulus genannten annus, der für die justinianischen Digesten nicht mehr paßte, hat die Stelle den falschen Schein erhalten, als ob bei unbeweglichen Sachen die Zeit ein tempus utile wäre. Aber warum hat Paulus die Usucapion von einem Jahr hier besonders hervorgehoben? Weil nur bei dieser ein Zweifel nahe genug lag, um eine Beseitigung desselben zu veranlassen, eine Zeit, die ein Jahr übersteigt, ist ohnedieß niemals tempus utile.

l) Diese Hülfe finden namentlich auch Minderjährige gegen eine Usucapion ihrer Sachen, s. z. B. L. un. C. si adv. usuc. (2, 35). Justinian aber hat verordnet, daß ein Zeitablauf, gegen den nach dem bisherigen Recht der Minor Restitution erhalten könne (also mit Ausnahme der dreißig- und mehrjährigen Fristen), ipso iure und ohne daß es der Restitution mehr bedarf, gegen ihn ohne Wirkung sein soll L. 5 C. in quib. caus. in integr. restit. necessaria non est (2, 40). Dieß gilt auch von der Usucapion, in deren Zeit also, wenn sie gegen einen Minderjährigen in Beziehung auf seine Sachen vorgeschützt wird, die Zeit seiner Minderjährigkeit nicht einzurechnen ist.

m) L. 30 pr. D. ex quib. caus. mai. (4, 6) L. 20. 40 D. de usurp. (41, 3) L. 2 § 19 D. pro emt. (41, 4) L. 23 pr. L. 30 § 5 D. de adqu. poss. (41, 2). Diese successio in usucapionem ist keine Abweichung von dem Grundsatz, daß die Zeit von dem Anfang des Besitzes gerechnet wird, nur liegt der Anfang nicht in dem Besitzerwerb des Erben. Auch folgt dieß so wesentlich aus der Natur der Erbfolge, daß eine Einführung bei der Usucapion erst durch Justinian, wie § 12 I. de usucap. (2, 6) sie zu behaupten scheint, unglaublich wäre, auch wenn die vorhin angeführten Stellen nicht entschieden das Gegentheil darthäten. Etwas ganz anderes ist die accessio possessonis, die davon ganz getrennt gehalten werden muß. Bei dieser ist unser Besitz die Hauptsache und der des Vorgängers die Accession, bei der successio in usucapionem ist es der Besitz des Vorgängers, den wir nur fortsetzen, zu dem also umgekehrt der unsrige hinzutritt.

Usucapionsbesitz seines Vorgängers sich zurechnen darf (accessio possessionis), daß es also hinreichend ist, wenn nur mit Hinzurechnung dieses zu dem unsrigen die Usucapionszeit herauskommt, hat ursprünglich für die Usucapion gewiß nicht gegolten. Die accessiones possessionum sind kein Institut civilrechtlichen Ursprungs, der Prätor ist es, der sie, wo es ihm billig schien, zuließ.[n]) So geschah es bei dem interdictum utrubi (§ 225 Note n), und bei der longi temporis praescriptio. Zuerst mag man dem Käufer gestattet haben, den Besitz des Verkäufers sich zuzurechnen, dann auch andern Successoren um ein Aequivalent, zuletzt wurde es auch dem Successor ex lucrativa causa (dem Legatar, dem Donatarius) zugelassen.[o]) Unter den römischen Juristen hat es vielleicht schon früh solche gegeben, die sich zu einer Anwendung der accessio possessionis auch bei der Usucapion hinneigten;[p]) diese Ansicht hat ein Rescript von Severus und Antoninus bestätigt für den Fall des Kaufs,[q]) zugleich im Interesse des Verkäufers, der bei der Usucapion des Käufers betheiligt ist, indem er ihm wegen Eviction haften muß. Justinian hat jedem Successor bei jeder Ersitzung die Accession des Usucapionsbesitzes seiner Vorgänger zuerkannt,[r]) das Erforderniß des Ablaufs der ganzen Zeit seit dem Besitzerwerb des Usucapienten ist also nur für die Fälle geblieben, wo der Usucapient keinen Autor hat,[s]) oder einen, der nicht besaß,[t]) oder dessen Besitz kein Usucapionsbesitz war.[u])

Der Besitz muß die Usucapionszeit hindurch ununterbrochen fortgesetzt worden sein. Durch den Verlust des Besitzes wird die Usucapion unterbrochen, dieß heißt usurpatio.[v]) Wird nach einer solchen Unterbrechung der Besitz wieder erworben, so ist dieß als eine neue Usucapion zu behandeln.[w]) Die Anstellung der Eigenthumsklage und Litiscontestation mit dem Besitzer unterbricht die Usucapion nicht, denn durch diesen Act geht in dem Zustand des Usucapienten keine Veränderung vor, nur unschädlich wird sie dadurch, da die nach der Litiscontestation vollendete von der Restitution nicht befreit.[x]) Dieß

---

n) Daher sagt Scävola L. 14 pr. de div. temp. praescr. et de accessionibus possessionum (44, 3): De accessionibus possessionum nihil in perpetuum neque generaliter definire possumus, consistunt enim in sola aequitate. Die Hauptstellen für die Theorie dieser Accession sind L. 14—16 D. eod. L. 13 D. de adqu. poss. (41, 2).

o) Beim interdictum utrubi Gai. IV 151; bei der longi temporis praescriptio fand noch Justinian für nöthig, ausdrücklich zu verordnen, daß die lucrativa causa der accessio possessionis nicht entgegenstehen soll L. 11 C. de praescr. longi temp. (7, 33).

p) Bei vielen Stellen bleibt es ungewiß, in welcher Beziehung sie von der Accessio handeln; auf die Usucapion wendet sie an Paulus L. 2 § 16. 20 D. pro emt. (41, 4), auch L. 76 § 1 D. de contr. emt. (18, 1) enthielt ursprünglich wohl eine Anwendung auf die Usucapion, die Erwähnung der „longae possessionis praescriptio" beruht auf einer Interpolation.

q) § 13 I. de usuc. (2, 6) Theophil. ad h. l.

r) L. un. C. de usuc. transform. (7, 31).

s) Z. B. L. 2 § 16 D. pro emt. (41, 4).

t) L. 15 § 1 D. de div. temp. praescr. (44, 3).

u) L. un. C. de usuc. transform. (7, 31) L. 13 § 13 D. de adqu. poss. (41, 2).

v) L. 2. 5 D. de usurp. (41, 3) L. 5 D. pro don. (41, 6).

w) So verliert auch der den Besitz, der in feindliche Gefangenschaft kommt, die Usucapion, die er angefangen hatte, ist unterbrochen. Das Postliminium, mit dem er zurückkehrt, stellt die Usucapion nicht wieder her, denn es bezieht sich auf die Rechte, nicht auf den Besitz, der etwas factisches ist. Wenn aber der Gefangene durch einen Sclaven im Usucapionsbesitz war, wo also das Recht an dem Sclaven die Usucapion durch ihn, der die Sache für den Herrn inne hat, nach sich zieht, da wird durch das Postliminium mit der Gewalt über den Sclaven auch diese Usucapion wieder hergestellt L. 19. 23 § 1 D. qu. ex caus. mai. (4, 6) L. 15 pr. D. de usurp. (41, 3) L. 12 § 2 D. de captiv. (49, 15).

x) L. 2 § 21 D. pro emt. (41, 4) L. 18 D. de R. V. (6, 1). Fragm. vat. § 12. [Dennoch gab es eine wahre civilis interruptio im Gegensatz der natürlichen durch Besitzent-

ist geblieben, auch nachdem die Unterbrechung der Klagverjährung durch Klaganstellung eingeführt worden war (§ 208 Note hh). Der Grund des Unterschieds ist, daß die Usucapion auf einem Zustand des zu Belangenden, die Klagverjährung auf einer Unterlassung des Klagberechtigten beruht.[y])

b) Der Besitz muß einen rechtmäßigen Anfang gehabt haben, ohne diesen nützt seine Fortsetzung die gesetzliche Zeit hindurch nichts. Der Besitzer muß für seinen Besitz einen Grund (§ 226) anführen können, dem zu Folge er (wenigstens bonitarischer) Eigenthümer werden konnte, vermöge dessen er also den Gegenstand pro suo besitzt.[z]) Diese iusta causa possessionis, wenn sie die Eigenschaft hat, die possessio pro suo zu begründen, heißt titulus usucapionis.[aa]) So kann usucapiren, wer die Sache mittelst Kaufs (pro emtore), Schenkung (pro donato), durch Legat (pro legato), als Heirathsgut seiner Frau (pro dote), als Zahlung (pro soluto) empfangen, als eine von dem Eigenthümer derelinquirte (pro derelicto) in Besitz genommen hat. Das Ereigniß, auf welches der Besitzer sich beruft: Kauf, Schenkung, Vermächtniß, Dereliction ꝛc. muß wirklich eingetreten und zu Recht beständig sein, die opinio emtionis etc. begründet keine usucapio pro emtore.[bb]) Nun kommen aber Fälle vor, wo jemand aus Irrthum einen Titel zu haben glaubt, und dieser Irrthum ein so vollkommen entschuldbarer ist, daß auch der verständigste und überlegteste Mann ihm nicht entgangen wäre, hier ist es genug, daß er die Sache als die seinige, pro suo, besaß, und einen hinreichenden Grund zu dieser Ueberzeugung hatte, um die Usucapion zulässig zu machen, z. B. es stellt sich nachher heraus, daß mein Verkäufer wahnsinnig war (wo also kein Kauf existirt), oder daß mein Procurator, der mir die Sache kaufen sollte, sie in der That nicht gekauft, sondern auf andere Art sich verschafft hat, oder daß eine Sache, die ich in der Erbschaft vorfand, nicht dazu gehörte.[cc])

Eine besondere Erläuterung fordert noch der Titel pro herede. Das Ereigniß, welches den Titel ausmacht, ist die hereditas, die Eröffnung der Erbfolge und daß die Sache zu dieser Erbschaft gehört.[dd]) Pro herede besitzt nun

---

ziehung L. 5 D. de usurp. (41, 3): Cicero (de or. III c. 28) sagt von den neueren Philosophen und Rhetoren, sie verführen bei ihrem Unterricht non ut iure aut iudicio aut denique vi recuperare amissam possessionem, sed ut ex iure civili surculo defringendo usurpare videantur, diese symbolische Handlung unterbrach also nicht den Besitz, sondern nur die Usucapion, mußte daher wie das trinoctium bei der manus jährlich oder alle zwei Jahre wiederholt werden und half nur, wenn der Usurpant Eigenthümer war. Auf diese Schutzanstalt (actio) bezog sich Appius Claudius de usurpationibus L. 2 § 36 de O. I. (1, 2). Vgl. auch L. 13 pro emt. (41, 4.) Justinian substituirte ihr die Protestation in L. 2 C. de ann. exc. (7, 40). So Huschke, Zeitschr. für Civilr. und Proceß N. F. II 6 S. 141 f. (1846). Richtiger aber bezieht sie jetzt Krüger de tempore computatione 1861 p. 46 auf die Vindication. R.]

y) Von der longi temporis possessio wird häufig eine Unterbrechung durch L. C. behauptet, unsere Quellen aber sprechen davon nicht anders als von der Usucapion L. 26 C. de R. V. (3, 32) L. 10 C. de praescr. l. temp. (7, 33). Die praescriptio nützt nichts, wenn die Zeit nicht schon bei der L. C. abgelaufen war (wie dieß ja auch bei der Usucapion der Fall ist), daß darum die possessio unterbrochen sei, ist so wenig wie bei der Usucapion zu behaupten.

z) L. 13 pr. D. de usurp. (41, 3): Pignori rem acceptam usu non capimus, quia pro alieno possidemus.

aa) L. 1 pr. D. pro dote (41, 9).

bb) L. 27 D. de usurp. (41, 3) L. 1 D. pro donato (41, 6) L. 6 D. pro derel. (41, 7) L. 1—3 D. pro legato (41, 8) L. 4 C. de usuc. pro herede (7, 29). Man drückt dieß so aus: der Titel muß wirklich, nicht bloß ein putativer sein.

cc) L. 2 § 16 L. 11 D. pro emt. (41, 4) L. 3 D. pro herede (41, 5) L. 5. 6. 9 D. pro legato (41, 8) L. 4 § 2 L. 5 D. pro suo (41, 10).

dd) L. 1 D. pro herede vel pro possessore (41, 5): Pro herede ex vivi bonis nihil usucapi potest, etiamsi possessor rem mortui fuisse existimaverit. Wenn ein suus heres

der, welcher sich in diesem Besitz als Erben gerirt; um usucapiren zu können, muß er zu dieser Handlung berufen sein. Dieß ist der Fall, wenn ihm der Prätor die bonorum possessio giebt, nach altem Civilrecht aber auch ohne dieß, so lange der wirkliche Erbe noch nicht in den Besitz der Sachen gekommen ist, da es jedem des Erbrechts (und namentlich des testamentarischen) Fähigen die Befugniß ertheilt, die zur Erbschaft gehörigen Sachen an sich zu nehmen, und sie, bewegliche oder unbewegliche, in einem Jahr zu usucapiren.[ee]) Diese usucapio heißt lucrativa, weil sie einen Gewinn auf Kosten des wahren Berechtigten in Aussicht stellt (Note g). Hadrian aber hat durch ein S. C. der hereditatis petitio eine solche Wirksamkeit gegeben, daß sie durch jene Usucapion nicht mehr ausgeschlossen wird, und hat damit dieser jene lucrative Qualität entzogen, ohne übrigens sie selbst aufzuheben. Man kann also noch immer pro herede usucapiren und dadurch Eigenthümer werden, nur schützt dieß nicht gegen die Klage des wirklichen Erben aus dem Erbrecht.[ff]) Im justinianischen Recht übrigens hat die pro herede usucapio die Gestalt, daß sie die Usucapion erbschaftlicher Sachen durch den ist, der sich aus einem entschuldbaren Irrthum für den Erben: Civilerben (pro herede) oder prätorischen (pro possessore) hält.[gg])

Im älteren Recht kommt noch eine Anzahl von Usucapionen vor, die von den regelmäßigen auch in Beziehung auf den Titel abweichen. Vor allem gehören die dahin, durch welche der frühere Eigenthümer die Sache zurück-

existirt, so besteht gewissermaßen gar keine hereditas, da man sagen kann, das Recht an den Gütern, das er schon beim Leben des Vaters hatte, trete gleichsam nur in Wirksamkeit L. 11 D. de lib. et postum. (28, 2). Darauf beruht vielleicht die Ansicht, daß niemand in diesem Fall pro herede usucapieren kann L. 2 C. de usuc. pro her. (7, 29). [Vgl. Note ff. a. E.]

ee) Gai. II 52—58, vgl. L. 33 § 1 D. de usurp. (41, 3).

ff) Gaius giebt als Veranlassung dieser eigenthümlichen Usucapion den Wunsch an, den Erben zum baldigen Antritt zu vermögen, im Interesse der Gläubiger und der Sacra, damit jene zu dem Ihrigen kommen können, diese nicht ausgesetzt werden. Auch der Usucapient verpflichtete sich beiden (da ursprünglich diese Usucapion als eine der hereditas selbst behandelt wurde). Hiernach sollte man erwarten, daß die usucapio pro herede gegen alle necessarii heredes wegfalle (nicht bloß gegen die sui Note dd), da sie von selbst und ohne Antritt Erben werden. Deshalb bemerkt Gaius nachträglich noch besonders, dem sei nicht so Gai. II 58: Et neccessario tamen herede extante ipso iure pro herede usucapi potest. Man hat das handschriftliche et in set verändert, und auf diese Emendation folgende in allen Punkten falsche Geschichte gegründet: die usucapio pro herede, von der hier die Rede ist, habe bis Hadrian gedauert, Hadrian habe sie aufgehoben (ein entschiedenes Mißverständniß seines Gesetzes), nur bei necessarii heredes habe er sie noch gelassen (man weiß freilich nicht, wodurch diese des gleichen Schutzes in Hadrian's Augen sich unwürdig gemacht haben), auch bei diesen habe sie Diocletian in L. 2 C. de usuc. pro her. (Note dd) beseitigt (oder wenn nicht bei allen, doch wenigstens bei den sui et necessarii). Dieß alles, glaubt man, werde bestätigt durch Gai. III 201, der als Beispiel der Bemächtigung einer fremden Sache ohne Diebstahl die usucapio pro herede, und dabei nur den necessarius heres anführt. Ganz natürlich, denn er braucht ein Beispiel, wo die erbschaftliche Sache schon ins Eigenthum, aber noch nicht in den Besitz des Erben übergegangen ist. Bei dem necessarius fällt nun niemals Besitzerwerb und Erwerb des Erbrechts zusammen, da der letztere ipso iure geschieht; bei dem voluntarius wird die Bemächtigung selten zwischen dem Antritt und dem Besitzerwerb desselben, sondern meistens vor dem ersteren geschehen, wo die Sachen noch nicht im Eigenthum des Erben sich befinden, gewissermaßen nullius in bonis sind L. 1 pr. D. de div. rer. (1, 8), also kein Beispiel für das „rem alienam occupare et usucapere" abgeben. Puchta verisim. cap. VI (1839) p. 8—11. [Vorstehendes erledigt sich dadurch, daß in beiden Stellen von Gaius die Negation bei der früheren Vergleichung übersehen ist; es heißt in II 58: necessario ... extante nihil ipso iure ... potest, in III, 201: velut res hereditarias, quarum heres non est nactus possessionem, nisi necessarius heres esset: nam necessario herede extante placuit nihil pro herede usucapi posse (possit hat die Hs.).]

gg) L. 3 D. pro herede (41, 5) ist nicht von der *pro herede* usucapio zu verstehen, sondern von einer usucapio pro suo (Note cc).

erwerben kann: usureceptiones. Wenn der Staat ihm verpfändete Grundstücke verkauft, und der Käufer (praediator) macht zwei Jahre hindurch von seinem Recht nicht Gebrauch, läßt also den früheren Eigenthümer so lange im Besitz, so hat dieser das Eigenthum zurückerworben; dieß heißt usureceptio ex praediatura.[hh]) Wenn ferner der Eigenthümer fiduciae causa (mit der Verabredung künftiger Remancipation) mancipirt oder in iure cedirt hat, z. B. zur Verwahrung, oder pfandweise (§ 247), so kann er durch Besitz von einem Jahr (auch bei Grundstücken) das Eigenthum zurückerwerben, so gut wie wenn ihm die Sache remancipirt worden wäre. Dieser Usureception fehlt es nicht an einem Titel, wenn der Fall von der Beschaffenheit ist, daß er die Remancipation schon hätte fordern können; ist dieß nicht, z. B. bei der Verpfändung, wenn der Gläubiger noch nicht befriedigt ist, so ist es eine Usucapion ohne Titel, eine lucrativa usucapio.[ii])

Wenn jemand von einer Frauensperson eine res mancipi ohne Auctoritas des Tutors wissentlich gekauft hat (§ 202, 2 b), so kann er in Folge der »rutiliana constitutio« (von der uns nichts weiteres bekannt ist) usucapiren, wenn ihm nicht vor Ablauf der Usucapionszeit der Kaufpreis zurückerstattet wird. Manche Juristen behandelten den Kauf als nichtig, dann wäre es eine Usucapio ohne Titel, Andere glaubten, er besitze pro emtore, da die Frau wenigstens den Besitz veräußern könne; nach dieser Ansicht weicht also diese Usucapion nur in Beziehung auf die bona fides von der Regel ab.[kk]) — Im justinianischen Recht kommen alle diese Abweichungen nicht mehr vor.

c) Wo die Usucapion eine materiell mangelhafte Erwerbung ergänzen, wo sie also auch gegen den wirklichen Eigenthümer (nicht den bloß quiritischen) wirksam werden soll, z. B. der Nichteigenthümer hat die Sache verkauft und tradirt, da muß zu dem iustus titulus auch noch bona fides des Erwerbers hinzukommen, d. h. die Unbekanntschaft mit dem Hinderniß, welches dem Eigenthumserwerb entgegenstand, oder positiv ausgedrückt: die Ueberzeugung, durch den Titel wirklich Eigenthümer geworden zu sein.[ll]) Diese Ueberzeugung ist, insofern wirklich noch ein Anderer Eigenthümer ist, ein Irrthum, der Irrthum muß aber ein factischer sein, er darf nicht einen Rechtssatz betreffen.[mm])

hh) Gai. II 61.

ii) Gai. II 59—61. [Neue Aufschlüsse über die unregelmäßigen Usucapionen hat Huschke gegeben: über die usucapio pro herede, fiducia und ex praediatura. Zeitschr. für gesch. Rechtswiss. XIV Num. 7 (1848). Indeß werden sich die Fristen nicht, wie Huschke S. 253. 271 annimmt, „von der familia aus", sondern einfacher dadurch erklären lassen, daß als Object der Usucapion, um dem Eigenthümer den Rückerwerb zu erleichtern, die Fiducia angenommen wurde, welche, selbst wenn der Gegenstand ein praedium war, zu den ceterae res gehörte. War jedoch durch Verkauf von Seiten des Staats der Pfandnexus zerstört, so konnte von dieser Begünstigung nicht weiter die Rede sein, der Prädiator besaß nur noch ein praedium, auf welches die zweijährige Usucapion des fundus angewendet werden mußte. R. — Stintzing das Wesen von bona fides und titulus (1852) § 4 ff. hat nachgewiesen, daß das ältere Recht bona fides und titulus als Erfordernisse der Usucapion nicht kannte, sondern nur Ausschluß der res furtivae; obige Spezialfälle sind also nur der allgemeinen Fortentwicklung der Usucapion nicht gefolgt. Vgl. Pernice Labeo II (1878) S. 152 ff.] *kk*) Fragm. vat. 1.

ll) [Vgl. Bruns über das Wesen der bona fides bei der Ersitzung 1872, Bechmann Kauf I S. 619 ff., Pernice Labeo II S. 207 ff.] Dieses Erforderniß hat keine Ausnahme nach justinianischem Recht, nach älterem sind davon ausgenommen die usucapio pro herede, die usureceptiones, und die usucapio ex rutiliana constitutione. — Justinian hat in Nov. 119 c. 7 sogar die bona fides des Auctors gefordert, sofern der wahre Eigenthümer mit seinem Recht oder der Veräußerung unbekannt ist.

mm) L. 31 pr. D. de usurp. (41, 3) vgl. L. 7 D. de iuris et facti ign. (22, 6). Wenn daher der Käufer weiß, daß sein Verkäufer nicht Eigenthümer, noch auch Procurator ꝛc. desselben ist, dennoch aber glaubt, Eigenthümer geworden zu sein, indem er meint, auch ein Nichteigenthümer könne Eigenthum übertragen, so kann er nicht usucapiren.

Das Verhältniß der bona fides zu dem Titel ist das, daß dieser die Grundlage derselben ist, wie dieser ist sie daher ein Erforderniß des Besitzanfangs, und es schadet nach römischem Recht nicht, wenn sie im Lauf der Usucapion wegfällt.[nn]) Der muß daher in bona fide sein, in dessen Person der Usucapionsbesitz beginnt, dieß ist bei dem Erwerb durch Stellvertreter regelmäßig der Dominus, bei dem Erwerb für ein Peculium der Sclave oder Sohn (§ 228 Note z); dort ist nur die bona fides des Dominus, hier die des Repräsentanten erforderlich.[oo])

d) Eine Hauptrücksicht auf den wirklichen Eigenthümer, der durch die Usucapion seines Rechts beraubt werden kann, liegt in den gesetzlichen Bestimmungen, welche gewisse Sachen der Usucapion entzogen haben, daß also, so lange die Sache diese der Usucapion entgegentretende Eigenschaft (vitium ex re) hat, der Eigenthümer sein Recht durch den fremden Besitz, wenn auch alle andern Erfordernisse der Usucapion einträten, nicht verliert.

Schon die Zwölf Tafeln schließen die Usucapion gestohlener Sachen (res furtivae) aus, natürlich nicht bloß für den Dieb, sondern auch für den dritten bonae fidei possessor, denn es ist ein sachliches Vitium, welches die Usucapion hindert.[pp]) Dadurch schon ist bei beweglichen Sachen einem dem Rechtsgefühl bedenklichen Erfolg des Usucapionsinstituts in den meisten Fällen vorgebeugt, denn die unberechtigte Veräußerung einer solchen wird meistens unter den Begriff des Furtums fallen.[qq]) Die Lex Atinia hat die Vorschrift der Zwölf Tafeln wiederholt, mit dem Zusatz, daß das Vitium getilgt sein, also die Sache usucapionsfähig werden soll, in dem Augenblick, wo sie in die Gewalt des Eigenthümers zurückgekommen ist, und dieß ist auch der Fall, wenn er sich im Stand befindet, sie zu vindiciren.[rr]) Nach der Lex Julia und Plautia werden res vi possessae, also gewaltsam occupirte Grundstücke, wie die res furtivae behandelt,[ss]) ebenso nach der lex iulia repetundarum die Sachen, welche gegen dieses Gesetz dem Vorsteher der Provinz gegeben worden sind.[tt]) Das Usucapionsverbot bei Grenzen (nach den Zwölf Tafeln, der Lex Mamilia, und dem neuesten Recht) ist oben vorgekommen (§ 234). Res

---

nn) L. 43 pr. D. de usurp. (41, 3) L. 2 § 13 D. pro emt. (41, 4). Die bona fides, also z. B. die Ueberzeugung, daß der Tradent Eigenthümer sei, muß zur Zeit des Besitzerwerbs vorhanden sein, und dieß reicht in der Regel aus; wo aber der Titel ein von dem Besitzerwerb getrenntes Rechtsgeschäft ist, wie beim Kauf, muß auch bei diesem schon die bona fides existiren L. 7 § 17 D. de publ. act. (6, 2) L. 10 pr. 15 § 3 L. 48 D. de usurp. L. 2 pr. 7 § 4 D. pro emt. (41, 4).

oo) L. 2 § 10—13 L. 11 D. pro emt. (41, 4). Im zweiten Fall ist die bona fides des Vaters oder Herrn nicht nothwendig, da er von dem Erwerb nicht zu wissen braucht, weiß er aber davon (zu der Zeit des Erwerbs selbst), so schadet seine mala fides L. 43 § 1 D. de usurp. (41, 3).

pp) Gai. II 45. 49.

qq) Gai. II 50.

rr) Gell. XVII 7: legis veteris atiniae verba sunt: quod subreptum erit, eius rei aeterna auctoritas esto —. L. 4 § 6 D. de usurp. (41, 3): — nisi in potestatem eius, cui subrepta est, revertatur. L. 215 D. de V. S. (50, 16). Auch servi fugitivi können nicht usucapirt werden, weil sie gewissermaßen sich selbst entwendet haben L. 1 C. de serv. fug. (6, 1). [Anders faßt das Verhältniß beider Gesetze Mommsen de auctoritate p. 21: die Zwölf Tafeln hatten die Usucapion verboten, der Besitzer bedurfte mithin fortwährend des Beistandes seines Auctors. Dennoch dauerte die Vertretungspflicht nur ein Jahr, § 239 Note b. Diese Inconsequenz verbesserte die Lex Atinia, indem sie die Pflicht des Gewährsmannes für eine immerwährende erklärte. R.]

ss) Gai. II 45. 51 L. 4 § 22. 23 L. 33 § 2 D. de usurp. (41, 3).

tt) L. 8 D. de l. iul. repet. (48, 11) L. 48 pr. D. de adqu. dom. (41, 1).

mancipi einer Frau, die unter Tutel der Agnaten steht, können nach den Zwölf Tafeln nicht usucapirt werden, wenn sie nicht unter Autorität dieser Tutoren veräußert sind.[uu]) Die gesetzlichen Veräußerungsverbote beziehen sich auch auf die Usucapion, sofern auch der, welcher diese zuläßt, veräußert,[vv]) dieß trifft z. B. die Sache eines Pupillen oder sonstigen Bevormundeten, die ohne Beobachtung der gesetzlichen Vorschriften veräußert worden sind,[ww]) ebenso die Dotalgrundstücke[xx]) u. s. f.

Daß Staatseigenthum nicht durch Usucapion ins Eigenthum von Privatpersonen übergehen könne, war ohne Zweifel von jeher Rechtens, dasselbe wurde für den Fiscus des Princeps festgesetzt, und als sich neben dem Fiscus ein besonderes Privatvermögen des Fürsten bildete, auch für dieses.[yy]) Auch auf unbewegliches Eigenthum der Kirchen und milden Stiftungen ist dieß erstreckt.[zz]) Städtisches Eigenthum ist ebenfalls der Usucapion entzogen.[aaa])

CCXL. Bei Sachen, an denen Eigenthum, aber kein quiritisches, und folglich auch nicht die Usucapion möglich ist, also bei Provincialgrundstücken, besteht dasselbe Bedürfniß einer Ergänzung unvollkommenen Erwerbs und der Sicherung des Eigenthums, welches auf die Usucapion geführt hat. Wie früh nun die römischen Magistrate diesem Bedürfniß durch Einführung eines analogen Instituts entgegengekommen sind, läßt sich mit einiger Bestimmtheit nicht angeben, wahrscheinlich ist es um dieselbe Zeit geschehen, als die Römer in den Provinzen sich auszubreiten und Eigenthum darin zu erwerben anfingen. Dem, welcher einen rechtmäßig erworbenen und längere Zeit fortgesetzten Besitz für sich anführen konnte, wurde eine Einrede gegeben, wodurch er die Klage des Eigenthümers ausschloß, die longi temporis praescriptio. Die Zeit wurde auf zehn Jahre festgesetzt, man hatte ausgedehnte Grundbesitzungen vor Augen, wo es dem Eigenthümer nicht so leicht ist, seine Güter zusammenzuhalten und eine begonnene Ersitzung sofort zu entdecken. Aber es mußte sich hier sogleich auch der Fall aufdrängen, daß der Eigenthümer abwesend ist; statt auf die In Integrum Restitutio zu verweisen, nahm man diesen Fall gleich in den Rechtssatz selbst auf, und setzte die Zeit auf das Doppelte, auf zwanzig Jahre, so daß also das longum tempus zehn Jahre inter praesentes,

uu) Gai. II 47 Cic. ad Att. I 5 pro Flacco 34.

vv) L. 28 pr. D. de V. S. (50, 16) L. 12 § 4 D. de publ. act. (6, 2).

ww) L. 48 pr. D. de adqu. dom. (41, 1).

xx) L. 16 D. de fundo dot. (23, 5).

yy) L. 18. 24 § 1 D. de usurp. (41, 3) L. 2 C. comm. de usuc. (7, 30) L. 2. 3 C. ne rei dominicae (7, 38). Wenn dem Fiscus Güter als bona vacantia anfallen, so beginnt ihre Usucapionsunfähigkeit mit der Anzeige derselben an den Fiscus (nuntiatio); wenn aber der Usucapionsbesitz schon vorher begonnen hatte, so wird er nicht unterbrochen L. 18 D. de usurp. § 9 I. de usucap. (2, 6).

zz) Nov. 111 c. 1 Nov. 131 c. 6.

aaa) L. 9 D. de usurp. (41, 3) L. 2 C. ne rei dom. (7, 38) L 12 § 2 D. de publ. act. (6, 2). Eine Ausnahme macht die Zuweisung desselben durch ein obrigkeitliches Decret, wodurch das bonitarische Eigenthum entsteht und durch Usucapion in quiritisches verwandelt werden kann L. 15 § 27 D. de damno inf. (39, 2) (im justinianischen Recht ist die Stelle von der Unwiderruflichkeit der Einweisung zu verstehen). Paul. sent. V 2, 4 spricht von der longi temporis praescriptio (und zwar von 20 Jahren) gegen Stadtgemeinden. Hier kann ein ähnlicher Fall gemeint sein, überdieß aber braucht die Stelle gar nicht von der Eigenthumsklage der Stadt verstanden zu werden, sie kann sich auch auf ein städtisches Pfandrecht beziehen, Unterholzner Verjährungsl. I § 45. Eine andere Meinung hat Schilling Bemerkungen über röm. Rechtsgesch. S. 401, aber nicht ohne unstatthafte Vermischung der Ersitzung mit der Klagverjährung.

zwanzig Jahre inter absentes beträgt.[a]) Auf der andern Seite wurde hier wohl gleich anfangs vom Prätor die accessio possessionis unter Umständen wenigstens zugelassen (§ 239 Note o). Dadurch nun konnte ihre Anwendung auch bei italischen Grundstücken, ja selbst bei beweglichen Sachen in manchen, freilich seltenen Fällen vortheilhaft werden.[b]) In Beziehung auf die von der Usucapion wegen eines Vitiums ausgenommenen Sachen (§ 239 a. E.) war die longi temporis praescriptio sicher nicht vortheilhafter gestellt,[c]) eben so wenig als hinsichtlich des Titels und der bona fides, welche hier unter dem Ausdruck iustum initium zusammengefaßt werden.[d]) Ueber die Wirkung dieser longa possessio ist als gewiß anzunehmen, daß der Prätor anfangs mit derjenigen sich begnügte, von welcher das Institut den Namen hat, nämlich den Besitzer durch eine Einrede (praescriptio) gegen die Eigenthumsklage zu schützen;[e]) daß man aber bald dahin kam, auch dem, welcher das Eigenthum an einem Provincialgrundstück klagend zu verfolgen veranlaßt war, zur Begründung der Klage die Berufung auf die longi temporis possessio zu gestatten (wie bei der civilis in rem actio die Berufung auf die Usucapion), hat eine so vollkommene Wahrscheinlichkeit für sich, daß wir es annehmen müßten, wenn

---

a) Paul. sent. V 2, 3 V 5 a, 8. So deutet auch diese Zeitbestimmung auf die Entstehung des Instituts für die Provincialgrundstücke hin. In neuerer Zeit hat man andere Meinungen über seinen Ursprung versucht (z. B. daß es für den italischen Ager publicus entstanden sei, Schröter in der Zeitschr. für Civilr. II S. 240, Hameaux die usucapio und longi t. praescr. 1835 S. 17 ff.), die bei weitem geringere Wahrscheinlichkeit haben. Mißverständlich hat man eine Stelle des Hyginus de cond. agror. p. 116 Lachm. hierher bezogen, die weder von dem ager publicus, noch von der longi temporis praescriptio spricht, sondern sagt: den quaestorius ager (den vom Staat nach vorhergegangener Limitation verkauften) habe die Länge der Zeit (vetustas longi temporis) größtentheils dem occupatus äußerlich ganz ähnlich gemacht, die Limites seien verschwunden.

b) Eine häufigere Veranlassung ihrer Anwendung auf bewegliche Sachen bot das Eigenthum der Peregrinen dar (§ 235 g. E.). So können die sicheren Spuren einer solchen Anwendung, die wir in den Quellen finden, nicht auffallen. Marcian L. 9 D. de div. temp. praescr. (44, 3) führt dafür (in rebus mobilibus nach der Flor., die Lesart der Vulgathandschr. in rebus soli beruht wahrscheinlich auf einer Emendation der Glossatoren, weil die Stelle zum justinianischen Recht nicht mehr zu passen scheint, aber sie ist hier von der Aufhebung des Pfandrechts zu verstehen, vgl. L. 5 § 1 L. 12 eod.) Rescripte des Divus Magnus Antoninus an (also wenn kein Irrthum obwaltet, des Caracalla) — kurz vorher war die accessio possessionis für die Usucapion, wenigstens im Fall des Kaufs, gesetzlich eingeführt worden (§ 239 Note q), dieß paßt also nicht gut zu der im Text berührten Gelegenheit der Anwendung (anders, wenn statt Magnus zu lesen wäre Marcus, wie Bangerow Leitfaden zu Pand.-Vorles. I S. 508, ich weiß nicht, mit welchem Grund, drucken läßt). Modestin L. 3 D. de div. temp. praescr. ist vielleicht interpolirt (so daß er statt des Gegensatzes praedia und mancipia einen andern, z. B. von res mancipi und nec mancipi, oder praedia italica und provincialia erwähnt hätte), aber eine Anwendung auf Sclaven setzt auch Diocletian voraus L. 1 C. de serv. fug. (6, 1), wenn die Stelle nicht von der Erwerbung der Freiheit zu verstehen ist, vgl. § 212 Note dd. Dagegen drückt L. 2 C. in quib. caus. cessat l. t. pr. (7, 34): In servorum *proprietatis* negotio quum usucapio locum habeat, ad quaestionem longi temporis praescriptionis superfluo pervenitur, den Stand der Sache nach justinianischem Recht aus, wo für den Erwerb des Eigenthums die l. t. pr. bei beweglichen Sachen durch die Usucapion ganz absorbirt ist.

c) So werden in Beziehung auf res furtivae beide Ersitzungen ganz gleich behandelt L. 1 C. de serv. fug. (6, 1).

d) Paul. sent. V 2, 4 L. 2. 4. 5. 8. 9. 11 C. de praescriptione longi temporis (7, 33).

e) Nur diese Richtung des Instituts gehört hieher; in die Lehre vom Eigenthumserwerb die Wirkung der Ersitzung für andere Rechte, namentlich die Aufhebung des Pfandrechts zu stellen, wie es in den Compendien zu geschehen pflegt, weil beides zufällig coincidiren kann, ist ein systematischer Fehler, der nicht selten die Frucht trägt, daß zwei wesentlich besondere Dinge für wesentlich verbundene gehalten werden.

es auch nicht besonders bezeugt wäre.[f]) Die Klage war die gewöhnliche, wie sie bei Provincialgrundstücken stattfand, es wäre möglich, daß auch hier der Richter auf die Berücksichtigung der Ersitzung durch eine longi temporis praescriptio, also pro actore (§ 164 a. E.), angewiesen wurde. Die civilis in rem actio konnte natürlich nicht dadurch begründet werden, es wäre aber auch gar nicht auffallend, wenn man bei italischen Grundstücken und bei beweglichen Sachen nicht über die Wirkung einer Einrede hinausgegangen wäre.

An dieses Institut der longi temporis praescriptio knüpft sich die weitere Geschichte der Ersitzung an. Die Kaiser der vierten Periode bis Justinian fanden wenige oder keine Veranlassung, Gesetze über jene oder über die Usucapion zu erlassen, mit Ausnahme etwa einiger hinzugefügter Ausschließungen von dieser Erwerbung.[g]) Dieß würde indessen nicht ausschließen, daß in der Praxis sich manches veränderte, wenigstens in einigen Theilen des Reichs. Der eigentlich praktische Unterschied zwischen usucapio und longi temporis praescriptio lag damals in der Zeit, die sie forderten, die übrigen Erfordernisse waren bei beiden so gut als gleich, in der Wirkung war das Eigenthum anlangend keine erhebliche und noch festzuhaltende Verschiedenheit (quiritisches und nichtquiritisches Eigenthum waren damals bedeutungslose Namen), die längere Zeit aber mußte dem damaligen Rechtsbewußtsein mehr zusagen, als die ein und zwei Jahre der Usucapion, eine Reliquie aus anderen, untergegangenen Zuständen. So dürften wir uns nicht verwundern, wenn in manchen Theilen des Reichs, zumal in solchen, wo bei dem Grundeigenthum ohnedieß (wegen Mangels an praedia italica) bloß die longi temporis praescriptio stattfand, die Usucapion, d. h. die Ersitzung von ein und zwei Jahren, gänzlich außer Gebrauch gekommen wäre. Diesen Stand der Sache finden wir nun wirklich im westgothischen Reich, dessen Lex Romana in den Sentenzen des Paulus einen Titel mit der Ueberschrift de usucapione (V 2) enthält, in dem aber nicht von der Usucapion, sondern bloß von der longi temporis praescriptio die Rede ist.

Anders war es in den östlichen Provinzen des Reichs, wo überhaupt eine größere äußere Bildung den Gebrauch der juristischen Literatur erleichterte, und damit der Abweichung von dem geschriebenen Recht einen kräftigeren Widerstand entgegensetzte. Das zwar lag in der Natur der Sache, daß im orientalischen

---

f) Ein solches Zeugniß giebt Justinian L. 8 pr. C. de praescr. xxx. ann. (7, 39): Si quis emtionis vel donationis vel alterius cuiuscunque contractus titulo rem aliquam bona fide per decem vel viginti annos possederit — — posteaque fortuito casu possessionem eius rei perdiderit, posse eum etiam actionem ad vindicandam rem eandem habere sancimus, *hoc enim et veteres leges, si quis eas recte inspexerit, sanciebant.* So kann L. 7 C. de praescr. longi temp. (7, 33) auch auf einen Kläger bezogen werden. Von der longa quasi possessio bei Servituten wird es ausdrücklich gesagt, daß sie zur Begründung einer utilis actio tauglich ist L. 10 pr. D. si serv. vind. (8, 5).

g) In den Titeln des justinianischen Codex von der Ersitzung (Cod. VII 26—31. 33—35. 38) kommt von den Kaisern zwischen Diocletian und Justinian keine Constitution vor, mit Ausnahme des letzten Titels: ne rei dominicae vel templorum vindicatio temporis praescriptione submoveatur. Daraus läßt sich zurückschließen auf den theodosischen Codex, der nichts von der usucapio, und wahrscheinlich auch keinen Titel über die longi temporis praescriptio enthält, denn Tit. 13 des vierten Buchs, den die Ausgaben mit der Ueberschrift de longi temporis praescriptione haben, rührt von Cujacius her, der auf diese Weise zwei, man weiß nicht wo, aufgefundene Constitutionen unterbrachte, Gesetze, die überdieß gar nicht einmal von diesem Gegenstand handeln. Das erste spricht von einem Decennium, aber von den ersten zehn Jahren der constantinischen Regierung (usque ad nostra decennalia, d. h. bis zum Jahre 316, aus welchem das Gesetz ist), das zweite handelt von einer vierzigjährigen Verjährung (§ 208 Note q).

Reich bei Grundstücken selten von der Usucapion Gebrauch gemacht werden konnte; denn mit Ausnahme der wenigen Städte, die das Jus Italicum hatten, war der gesammte Grund und Boden Provincialland, und dadurch ausschließlich der longi temporis possessio zugänglich. Aber für bewegliche Sachen hielt man die Usucapion fest. Man hatte also zwei Ersitzungen; eine von einem und zwei Jahren, sie war und hieß usucapio, und fand Anwendung bei allen beweglichen Sachen und bei Grundstücken italischen Rechts, eine von zehn (oder zwanzig) Jahren, sie war die longi temporis praescriptio, und fand Anwendung bei allen Grundstücken mit Ausnahme jener. Die Voraussetzungen beider waren dieselben, nur in Beziehung auf die accessio possessionis wurde vielleicht noch ein Unterschied gemacht, oder es war wenigstens eine Unklarheit darüber, eben so mußten sie auch in der Wirkung (was den Eigenthumserwerb anlangt) gleichgestellt werden, doch bestand auch darüber, wie es scheint, störende Ungewißheit, da man nicht den freien Blick hatte, die wesentliche Gleichheit unter der Hülle scheinbarer Verschiedenheit zu erkennen.

So fand Justinian das Institut der Ersitzung. Mit einer kleinen Nachhülfe ließ sich ihm eine befriedigende Gestalt geben; daß das unter den gegebenen Umständen Rechte so nahe lag, schmälert das Verdienst Tribonian's nicht, es getroffen zu haben.[h]) Nachdem schon 528 erklärt worden war, daß die longi temporis praescriptio eine Eigenthumserwerbsart sei, und so gut als die Usucapion die Eigenthumsklage begründen könne (Note f), wurde 531 festgesetzt: 1) der Unterschied zwischen italischen und Provincialgrundstücken ist aufgehoben, für alle Grundstücke besteht die Ersitzung von zehn Jahren inter praesentes, zwanzig Jahren inter absentes, die Ersitzung von zwei Jahren ist abgeschafft;[i]) 2) die bestrittene Frage, wann die zehn-, wann die zwanzigjährige Ersitzung eintrete, wird dahin entschieden, daß, wenn Eigenthümer und Besitzer in derselben Provinz ihr Domicilium haben, sie als praesentes, wenn in verschiedenen Provinzen, als absentes gelten sollen, auf ihren bloßen Aufenthalt und auf die Lage der Grundstücke soll nichts ankommen;[k]) 3) die

---

h) Die Verordnungen, welche die Reform enthalten, sind L. 8 C. de praescr. xxx ann. (7, 39) wahrscheinlich vom Jahr 528, besonders aber L. un. C. de usucapione transformanda etc. (7, 31) vom J. 531, von welcher ohne Zweifel L. un. C. de nudo iure quir. toll. (7, 25) und L. 12 C. de praescr. long. temp. (7, 33) ursprünglich Theile waren. Dazu ist zu vergleichen pr. I. de usucapionibus et longi temporis praescriptionibus (2, 6) und Theoph. ad h. l.

i) [Damit steht auch die Aufhebung der annalis exceptio italici contractus in Verbindung L. 1 C. de annali exceptione italici contractus tollenda (7, 40) L. un. C. de usuc. transf. (7, 31) in italicis soli rebus, quae immobiles sunt vel esse intelliguntur (die Servituten), sicut annalem exceptionem ita et usucapionem transformandam esse censemus. Man hat sie auf die Liberation der Sponsoren in Italien (Gai. III 121) bezogen, obgleich diese ipso iure eintrat; Huschke Recht des Nexum S. 187 will sie gar auf die Klagen aus allen Contracten und Quasicontracten römischer Bürger in Italien ausgedehnt wissen. Davor hätte schon der von Justinian angedeutete Zusammenhang mit dem italischen Recht der Grundstücke warnen sollen. Ein wesentlicher Bestandtheil desselben waren die Contracte über italische Grundstücke, das Nexum Mancipations-, Cessions- und Gewährsrecht Bd. I § 94. Durch Mancipation und Nexum übernimmt der Auctor das Periculum des Evictionsprocesses und kann deshalb mit der actio auctoritatis auf das Doppelte belangt werden (Plaut. Pers. IV 3, 55. 56 Cic. pro Mur. 2, 3 Paul. sent. rec. II 17. 3. V 10 de contrahenda auctoritate u. ob. § 238 q). Diese Klage ist an sich als civile Contractsklage perpetua, durch unsere Exception wird sie temporär. Der Auctor kann nämlich geltend machen, daß sich der Kläger gegen den Vindicanten nach vollendeter Usucapion durch seine eigene Gewähr hätte schützen sollen. Die Ausdehnung der Zeit auf fünf und zehn Jahre erklärt sich aus L. 14 pr. C. de serv. (3, 34). Die Beschränkung auf ein Jahr bezieht sich auf Mobilien. Vgl. Savigny Zeitschr. V 6 S. 261. 262. R.]

k) Die Parteien können während der Zeit, die der Besitzer für sich anführt, zum Theil

einjährige Ersitzung der beweglichen Sachen ist abgeschafft, an ihre Stelle tritt eine dreijährige; 4) alle diese Ersitzungen stehen in ihren übrigen Erfordernissen gleich, namentlich setzt jede iustus titulus, bona fides, usucapionsfähige Sache voraus, und bei jeder ist die accessio possessionis in ihrem vollen Umfang zugelassen.

Diese Bestimmungen gaben nun auch die Richtschnur für die Darstellung des Rechts in den Gesetzbüchern aus den älteren Rechtsquellen. Dabei schien aber, um kein Mißverständniß zu begünstigen, eine schonende Rücksicht auf den Sprachgebrauch der Zeitgenossen nothwendig, denen das Wort usucapio mit einer Ersitzung von ein und zwei Jahren identisch war,[l]) und die bei einer Zeit von zehn oder zwanzig Jahren kein anderes Wort kannten als longi temporis possessio oder praescriptio. Es war daher rathsam, nur die Ersitzung beweglicher Sachen usucapio zu nennen, die der unbeweglichen longi temporis possessio, und dieser Sprachgebrauch wurde auch in die älteren Rechtsquellen durch Interpolation eingeführt.[m]) Aus diesem Sprachgebrauch darf man daher nicht auf eine innere Verschiedenheit schließen, hätte eine solche auch noch bis auf das Jahr 531 bestanden, so wäre es die äußerste Verkehrtheit gewesen, sie bei jener Reform noch beizubehalten, keine Aeußerung des Gesetzgebers berechtigt uns, ihm eine solche Thorheit zuzumuthen, ja er steht nicht an, in den Institutionen die longi temporis possessio selbst eine Usucapion zu nennen,[n]) und damit die ganze Ersitzung an dieses alte Institut anzuschließen. Wir haben alle Ursache, diesem Beispiel zu folgen, und der Ersitzung sowohl unbeweglicher als beweglicher Sachen den classischen Namen der Usucapion zu geben, der durch die Substituirung anderer Zeiträume natürlich nicht unpassend geworden ist.[o])

Justinian hat noch eine Ersitzungsart hinzugefügt. Seit Theodosius II besteht eine Verjährung der Eigenthumsklage, die der dreißigjährige Besitzer dem Eigenthümer entgegenstellen kann (§ 208); diese praescriptio xxx annorum setzt keinen rechtmäßigen Besitz voraus, sie hat aber auch keine andere Wirkung als den Schutz des Besitzers gegen die Vindication, sie giebt ihm nicht das Eigenthum und nimmt es nicht dem Eigenthümer. Dieser longissimi temporis possessio, wie die Neuern sie nennen, hat nun Justinian die Wirkung des Eigenthumserwerbs gegeben, mit andern Worten: er hat sie zur Usucapion gemacht, wenn der Besitzer bona fide den Besitz erlangt hat.[p]) Sie verhält sich zu der bisher dargestellten Usucapion, die wir die ordentliche nennen können,

---

praesentes, zum Theil absentes gewesen sein, für diesen Fall hat Justinian später (Nov. 119 c. 8) verfügt: das Decennium soll sich um so viel Jahre vermehren, als während desselben die Parteien abwesend waren, d. h. also, zwei Jahre Abwesenheit gelten für ein Jahr Anwesenheit oder umgekehrt.

l) Daher braucht Justinian selbst von der dreijährigen Usucapion einmal die Worte *quasi* per usucapionem L. un. C. de usuc. transform. (7, 31).

m) Wo die Juristen oder älteren Principes bei beweglichen Sachen von Usucapion redeten, ließ man das Wort stehen, wo dagegen von unbeweglichen die Rede war, veränderte man es in longa possessione capio oder ähnliche Ausdrücke.

n) pr. I. de usuc. (2, 6).

o) Es giebt Juristen, die sich (man möchte sagen, vermöge eines gewissen Zuges zu dem Abnormen) noch immer nicht von dem Gedanken einer fortdauernden Existenz zwei verschiedener Ersitzungsarten loszureißen vermögen. So hat die Note a angeführte Schrift von Hameaux die Absicht, usucapio und longi temporis praescriptio noch nach dem neuesten Recht als zwei verschiedene Institute darzustellen. Die Unterschiede, welche dieser Schriftsteller zusammenzubringen versucht hat, sind theils ganz aus der Luft gegriffen, theils beziehen sie sich nicht auf die Ersitzung als Eigenthumserwerb (Note c). *p*) L. 8 § 1 C. de praescr. xxx ann. (7, 39).

als Supplement. Sie fordert eine längere Zeit als die ordentliche, nämlich immer wenigstens dreißig Jahre, und zwar gleichmäßig bei beweglichen und unbeweglichen Sachen, doch ist auch hier die accessio possessionis zugelassen; dagegen ist sie laxer in den übrigen Erfordernissen, das Erforderniß eines iustus titulus und der Usucapionsfähigkeit der Sache fällt bei ihr hinweg, so daß also die längere Zeit ein Surrogat für diese Erfordernisse ist. Dagegen hat auf sie einen Einfluß, daß die dreißigjährige Klagverjährung ihre Grundlage bildet: gegen welche Personen diese auf vierzig Jahre gesetzt ist, gegen dieselben hat auch die außerordentliche Usucapion diese Dauer,[q]) und gegen welche Personen die Klagverjährung ausgeschlossen ist, ist es auch die außerordentliche Usucapion.[r])

Das Resultat des justinianischen Rechts über die Ersitzung ist folgendes. Wer eine bewegliche Sache in drei, eine unbewegliche in zehn oder zwanzig Jahren usucapiren will, dessen Besitz muß alle die Erfordernisse haben, die § 239 näher dargestellt worden sind: namentlich iustus titulus, bona fides, Usucapionsfähigkeit der Sache. Dieß ist die ordentliche Usucapion des justinianischen Rechts. Wer keinen iustus titulus nachweisen kann, oder eine der Usucapion entzogene (z. B. gestohlene, gewaltsam besessene, fiscalische ꝛc.) Sache besitzt, dem ist die Ersitzung darum noch nicht verschlossen, wenn er nur nicht in mala fide ist, aber er bedarf dazu dreißig, zuweilen vierzig Jahre, und es wird überdieß vorausgesetzt, daß der Eigenthümer nicht eine Person sei, gegen welche die praescriptio XXX vel XL annorum ausgeschlossen ist.

Erwerbungen aus dem Ius Gentium.

CCXLI. Zwei Classen solcher Erwerbungen sind zu unterscheiden, die eine bilden die Rechtsgeschäfte, denen das Ius Gentium diese Wirkung beilegt, die andere die Fälle, wo ipso iure das Eigenthum an einer Sache das an einer andern nach sich zieht. Was die erste anlangt, so ist es der Act der Besitzerwerbung, an welchen das Ius Gentium die Wirkung des Eigenthumserwerbs unter gewissen Voraussetzungen anknüpft, und in der That ist es das Natürlichste, die rechtliche Herrschaft, die jemand erwerben soll, mit der physischen beginnen zu lassen.[a])

Die Veräußerungsform des Ius Gentium ist die Besitzübertragung, Tradition (§ 228), schon früh wurde ihr bei res nec mancipi sogar die Wirkung der Uebertragung des quiritischen Eigenthums eingeräumt, bei res mancipi hatte sie wenigstens das bonitarische zur Folge (§ 236), im justinianischen Recht ist sie die allgemeine Uebertragungsform des Eigenthums, und vertritt beim Eigenthum namentlich die Stelle der Mancipation und In Iure Cessio, die aus dem neusten Recht verschwunden sind.[b]) Auch nach dem Ius Gentium

---

q) Die ordentliche wird dadurch nicht verändert, z. B. unbewegliche Sachen der Kirchen sind der ordentlichen Usucapion entzogen, und die außerordentliche fordert 40 Jahre, eben so die außerordentliche der beweglichen, die ordentliche derselben aber nur drei Jahre, wie sonst.

r) So gegen Unmündige; die Zeit, wo der Eigenthümer der Sache unmündig war, wird nicht eingerechnet. Auf die ordentliche Usucapion darf dieß nicht bezogen werden, wie es von einer ungehörigen Vermengung der Klagverjährung und Ersitzung aus öfters geschehen ist.

a) Auch in diesem Sinn kann man sagen, nach Jus Gentium dominium rerum ex naturali possessione coepisse L. 1 § 1 D. de adqu. poss. (41, 2).

b) § 40 I. de rer. div. (2, 1): — cuiuscunque generis sit corporalis res, tradi potest, et a domino tradita alienatur —.

also ist der bloße irgendwie erklärte Wille zum Uebergang des Eigenthums nicht hinreichend, es muß eine ihn verkörpernde und eine Ausführung desselben enthaltende Form hinzukommen, nur ist diese Form keine künstliche, wie nach dem Jus civile.[c])

Aber die Tradition ist zunächst nur Besitzübertragung, zur Eigenthumsübertragung macht sie erst der übereinstimmende Wille des Tradenten und des Empfängers, Eigenthum zu geben und zu nehmen; dieser Wille bildet die iusta causa traditionis.[d]) Er ist vorhanden, wenn die Tradition in Folge eines Kaufs geschieht, oder als Zahlung, als Darlehn, in der Absicht eines Tausches, einer Schenkung u. s. f. (alle diese Geschäfte sind daher iustae causae traditionis), nicht dagegen bei der Uebergabe zur Verwahrung, zum bloßen Gebrauch, zu Pfand u. dgl. Die Uebergabe kann möglicherweise der iusta causa vorausgehen, dann ist das Eigenthum mit dem Eintritt der iusta causa erworben, dieß ist namentlich der Fall, wenn der Wille ein bedingter, also der Kauf z. B. mit einer Suspensivbedingung geschlossen ist; man nennt dieß eine Tradition mit Vorbehalt des Eigenthums.[e]) Ja beim Kauf wird jene Wirkung der Tradition schon durch Rechtsvorschrift aufgehoben, bis der Verkäufer hinsichtlich des Kaufpreises befriedigt ist, sei es durch Zahlung, oder durch Sicherheit, die ihm dafür mit seiner Zustimmung gestellt wird, oder endlich dadurch, daß er sich dazu versteht, auch ohne eine solche Sicherheit den Preis bei dem Käufer stehen zu lassen.[f]) — Uebrigens ist die iusta causa nur jener überein-

---

c) L. 20 C. de pactis (2, 3): Traditionibus et usucapionibus dominia rerum, non nudis pactis transferuntur. In einem Fall soll die bloße Uebereinkunft ohne Tradition die Wirkung des Eigenthumsübergangs haben. Wenn ein Societätsvertrag geschlossen wird, so kommen der Regel gemäß die Sachen, die vermöge desselben gemeinschaftlich werden sollen, ins Miteigenthum der Socii nur durch Tradition, davon aber ist eine Ausnahme gemacht bei einer societas omnium bonorum, wo alle Sachen, deren Eigenthümer ein Socius ist, durch den bloßen Abschluß des Vertrags sofort in's Miteigenthum der andern übergehen, ohne Zweifel wegen des Umfangs dieser Societät, der die Ausführung des Willens durch Tradition fast undenkbar macht L. 1 § 1 L. 2 D. pro socio (17, 2). Savigny (Recht des Bes. S. 374) erklärt diesen Eigenthumserwerb (den die Neueren transitus legalis nennen) durch Annahme eines Constitutum possessorium (§ 228 Note cc); dieß würde in sich schließen, daß nicht bloß das Eigenthum, sondern auch der Besitz übergehe, zu welcher Behauptung wir nicht veranlaßt sind.

d) L. 31 pr. D. de adqu. dom. (41, 1): Nunquam nuda traditio transfert dominium, sed ita, si venditio vel aliqua iusta causa praecesserit, propter quam traditio sequeretur. Dieses letztere schließt die Coincidenz der iusta causa mit der Tradition, z. B. bei der Schenkung, nicht aus, denn auch hier wird der Wille zu schenken dem Act der Tradition vorausgehen, es beweist also nur, daß die iusta causa nicht nothwendig ein abgesondertes Geschäft, und daß auch bei einem solchen nicht das ganze Geschäft, sondern nur jener Wille, den es enthält, die wesentliche iusta causa ist. [Vgl. Karlowa das Rechtsgeschäft 1877 § 33.]

e) Die Tradition ist dann entweder bloß Uebertragung des natürlichen Besitzes L. 16 D. de peric. et comm. (18, 6) L. 20 § 2 D. loc. (19, 2), oder auch des juristischen, der hier als precaria possessio zu behandeln ist L. 20 D. de precar. (43, 26) L. 3 C. de pact. inter emt. (4, 54).

f) L. 19. 53 D. de contr. emt. (18, 1) Varro de R. R. II 1 (s. § 236 Note s). In § 41 I. de rer. div. (2, 1) wird dieß auf die Zwölf Tafeln zurückgeführt, mit der Bemerkung, daß dieselbe Vorschrift mit Recht auch aus dem Jus Gentium, der naturalis ratio, abgeleitet werde. Die Institutionen scheinen hier einen doctrinellen Streit unter den Juristen vor Augen zu haben, von denen die Einen auf jene, die Andern auf diese Art den Rechtssatz zu begründen suchten. Er wird also nicht ausdrücklich in den Zwölf Tafeln enthalten gewesen sein, und das ist auch sonst das Wahrscheinlichere. Es mag eine Stelle gewesen sein, die von der Mancipation sprach, und ihre Wirksamkeit beim Kauf davon abhängig machte, daß der Scheinzahlung durch Uebergabe des Raudusculum (§ 238, 3) die wirkliche Befriedigung vorhergegangen war. Die Begründung aber aus dem allgemeinen Recht liegt darin, daß der Natur des Kaufs eine gleichzeitige Erreichung ihrer Zwecke von Seiten beider Theile gemäß ist und festgehalten werden muß, wenn nicht einer derselben darauf verzichtet. Dieselbe Erwägung, welche der Klage des Käufers auf Tradition eine exceptio

stimmende Wille, Eigenthum zu geben und zu nehmen, der übrige Inhalt des Rechtsgeschäfts, in dem jener Wille enthalten ist, gehört im allgemeinen nicht zur iusta causa. Ja wenn dieses Rechtsgeschäft wegen eines Willensmangels ungültig wäre, ohne daß dieser Mangel jenen hier allein wesentlichen Willen träfe, so würde die Tradition doch das Eigenthum übertragen. Dieß ist der Fall, wenn beide Parteien taugliche Rechtsgeschäfte im Sinn haben, aber verschiedene, z. B. der Eine Schenkung, der Andere Zahlung; hier ist weder geschenkt noch gezahlt, denn es fehlt die Uebereinstimmung in eines und das andere, aber das Eigenthum geht über, denn darauf war der Wille Beider gerichtet.[g])

Auch der Wille ist noch nicht hinreichend, die Tradition zur Eigenthumserwerbsart zu machen. Empfänger und Tradent müssen überdies fähig sein, Eigenthum zu erwerben und zu geben. Wir haben hier die Fähigkeit des Tradenten näher zu betrachten.[h]) Regelmäßig hat nur der Eigenthümer die Macht, Eigenthum zu geben, die Tradition von einem Nichteigenthümer macht den Empfänger zum Besitzer, ja unter den gehörigen Voraussetzungen mit der condicio usucapiendi, aber nicht zum Eigenthümer. Keine eigentliche Ausnahme von dieser Regel ist die Eigenthumsübertragung durch einen Repräsentanten des Eigenthümers, in welchem dieser handelt oder als handelnd gedacht wird: durch einen von ihm dazu durch Auftrag Bevollmächtigten, durch einen vermöge Amts zu dieser Repräsentation Berufenen (Vormund, Verwalter, soweit ihre Vollmacht reicht), durch den Pfandgläubiger, dem sein Pfandrecht zu dieser Repräsentation die Befugniß giebt. Dem Fiscus aber ist in dieser Beziehung ein besonderes Vorrecht gegeben worden. Wenn es sich zuträgt, daß der Fiscus aus irgend einem Rechtsvorwand eine fremde Sache veräußert, so ist nach älterem Recht die Untersuchung der Rechtmäßigkeit dieser Verfügung nur innerhalb fünf Jahren zulässig. Nach Ablauf derselben kann nicht mehr gegen den Fiscus geklagt, aber auch nach einem Edict Marc Aurel's gegen den Besitzer das Eigenthum nicht mehr verfolgt werden.[i]) Nach einem Gesetz Zeno's dagegen sollen die Empfänger vom Fiscus sofort Eigen-

doli entgegenstellen läßt, wenn er den Verkäufer noch nicht befriedigt hat (während der Pächter den Pachtzins erst nach gewährter Benutzung zahlen muß), hat auch auf den obigen Rechtssatz geführt. [Die Anerkennung im Ius Gentium erhellt aus einem Zeugniß des Theophrast bei Stobäus II p. 167 Meineke, auf welches Franz Hofmann über das Periculum beim Kaufe Wien 1870 S. 22 hingewiesen hat. Dem positiven Recht der Zwölf Tafeln mag die Gleichstellung der Delegation mit der Baarzahlung angehören, wenigstens kommt sie schon bei Plautus Asin. II 4, 30 Pseud. I 3. 67 f. Pers. III 3. 11. 27 V. 2. 8 (Demelius in der Ztschr. für RG. II S. 235 Note 163), ferner bei Cato de R. R. 146, und bei Varro de R. R. II 1 (oben § 236 s) vor. R. — Vgl. Leist Mancipation S. 84—87. Bechmann Kauf I S. 199 f. 311 ff.]

g) Iulian. L. 36 D. de adqu. dom. (41, 1). Nach diesem Princip wird hier der Fall entschieden, wenn Jemand Geldstücke mit dem Willen zu schenken übergiebt, die der Andere als Darlehn empfängt: — constat proprietatem ad te transire, nec impedimento esse, quod circa causam dandi atque accipiendi dissenserimus (causa *dandi* ist nicht die iusta causa traditionis, sondern die causa dieser causa, das Motiv der Eigenthumsübertragung). Ulpian aber L. 18 D. de reb. cred. (12, 1), indem er ausführt, daß hier wie keine Schenkung, eben so auch kein Darlehn existire und daher der Empfänger, wenn er das Geld verbraucht, die exceptio doli gegen die Condictio habe, weil es mit dem Willen des Gebers consumirt sei, verbindet mit jener Behauptung: nec mutuam esse, zugleich die: magisque nummos accipientis non fieri, quum alia opinione acceperit. Alle Versuche, diese Stellen zu vereinigen, sind bisher mißlungen. Entweder hat Ulpian ein Versehen begangen, oder er hat in diesem einzelnen Fall eine Veranlassung gefunden, von dem Princip, das er sicher mit Julian anerkannt hat, abzuweichen. [Für Ulpian erklärt sich Huschke civilist. Archiv LXII S. 320 ff.; vgl. Windscheid Pandektenrecht I § 172 Note 15. 16 a.] *h*) Gai. II 62—64 Inst. II 8: quibus alienare licet vel non.

i) § 14 I. de usuc. (2, 6) L. 3 C. si adv. fiscum (2, 37). Anwendung davon ist auch gemacht auf fremde Sclaven, die ohne den Willen des Eigenthümers unter die kaiserlichen Leibdiener (cubicularii) aufgenommen werden L. 4 C. de praepos. sacri cub. (12, 5) vgl. § 213 a. E.

thümer werden, und die dadurch Verletzten lediglich ihren Regreß an den Fiscus innerhalb vier Jahren nehmen können, dieselbe Wirkung hat Justinian der Veräußerung einer fremden Sache durch den Kaiser oder seine Gemahlin gegeben.[k]) Die Regel, daß der Eigenthümer durch Tradition Eigenthum übertragen könne, erleidet also erweiternde Modificationen, sie hat aber auch beschränkende, es giebt Eigenthümer, die nicht veräußern können. Abgesehen von der Einschränkung der Handlungsfähigkeit oder Administrationsbefugniß (§ 202), ist dieß der Fall, wenn dem Eigenthümer die Veräußerung durch ein Gesetz verboten ist, die Wirkung dieses Verbots ist die Nichtigkeit der Veräußerung, also daß namentlich auch die Tradition den Uebergang des Eigenthums an den Empfänger nicht zur Folge hat.[l])

---

k) L. 2. 3 C. de quadrienn. praescr. (7, 37).

l) Note h L. 1 D. de fundo dotali (23, 5). Beruht das Veräußerungsverbot auf bloßem Privatwillen (Testament oder Vertrag), so kann die gleiche Wirkung dadurch erreicht werden, daß die Veräußerung zur Bedingung des Erwerbs von Seiten eines Andern gemacht wird, indem z. B. der Testator die Sache unter der Bedingung, daß sie der Erbe veräußere, dem Titus vermacht, oder zwischen Verkäufer und Käufer verabredet wird, daß eine Veräußerung von Seiten des letzteren die Uebertragung an ihn (als Resolutivbedingung) vernichten, und damit den Rückfall an den Verkäufer bewirken solle. [Beispiele: Zeitschr. für gesch. Rechtswiss. XII S. 370. 375. Valerius Probus: N. V. N. D. N. P. O. = neque vendetur, neque donabitur, neque pignori obligabitur. R.] Hier kommt das Recht dessen, an den die Sache unter dieser Bedingung fallen soll, dem Erwerb des Empfängers gegen das Veräußerungsgebot zuvor, und hindert ihn. Außerdem kann ein solches Veräußerungsverbot zwar wirksam sein, aber nur so, daß es (unter den gehörigen Voraussetzungen) einen Anspruch gegen den pflichtwidrigen Veräußerer (auf das Interesse oder eine verabredete Strafe, bei Schenkungen auf Ersatz der Sache selbst) begründet, nicht aber, daß es die Erwerbung des Eigenthums durch den Dritten hindert L. 21 § 5 D. de act. emti (19, 1) L. 3 C. de cond. ob causam dat. (4, 6). Eine höhere Wirkung giebt Marcian dem Versprechen des Verpfänders an den Pfandgläubiger in L. 7 § 2 D. de distr. pign. (20, 5) nach der Lesart der bekannten Handschriften. Ein innerer Grund für diese Ausnahme ist kaum zu ermitteln, aber auch abgesehen davon, hat jene Lesart unüberwindliche Schwierigkeiten. Die Worte sind: Quaeritur si pactum sit a creditore, ne liceat debitori hypothecam vendere vel pignus (dieser Ausdruck: hypothecam vendere vom Schuldner gebraucht, wäre sehr ungewöhnlich), quid iuris sit, et an pactio nulla sit talis quasi contra ius sit posita, ideoque venire possit? (Wie konnte der Zweifel an der Gültigkeit der Uebereinkunft entstehen? Wie konnte man auf den Gedanken kommen, dieses pactum sei contra ius? Darauf giebt es keine haltbare Antwort.) Et certum est nullam esse venditionem (kein Wort zur Beseitigung jenes starken ausgedrückten Zweifels), ut pactioni stetur (als ob Gültigkeit des Pactums und Nichtigkeit des Verkaufs wesentlich verbundene Dinge wären, während in der That jenes gültig und wirksam sein kann, ohne darum gerade diese Wirkung zu haben). Die Stelle wäre das Gedankenloseste, was je ein römischer Jurist geschrieben, wenn sie in dieser Gestalt aus Marcian's Feder geflossen wäre. Dazu kommt noch ihr Zusammenhang mit den vorher behandelten Fragen, die sie abschließt. Das Fragment beginnt mit dem Fall: si *creditor pignus vel hypothecam vendiderit* hoc pacto, ut liceat sibi reddere pecuniam et pignus reciperare, welches Recht hat der Verpfänder aus diesem Vertrag seines Gläubigers? Zweiter Fall: kann der Verpfänder die Sache nach dem Verkauf wieder einlösen (es ist etwa zwischen ihm und dem Gläubiger verabredet, daß dieser mit dieser Bedingung verkaufen solle)? Es hängt davon ab, ob der Gläubiger wirklich so verkauft hat. Nun unser dritter Fall. Am nächsten lag, nach jenen Veräußerungen, die dem Verpfänder die Wiedererlangung der Sache offen halten, auf die Frage zu kommen, ob er sich nicht noch besser die Sache sichern könne mittelst völliger Ausschließung der Veräußerung durch den Gläubiger. Statt dessen wäre nun hier auf einmal von einem ganz andern Verkauf, als dem des Gläubigers, dem Gegenstand der bisherigen Untersuchung, nämlich von dem des Verpfänders die Rede. Unter allen diesen Umständen würde die Annahme einer Corruption (und zwar einer, die früh eintrat, denn das florentinische MS. hat sie, und auch die Basiliken setzen jene Lesart voraus) nicht unbegründet sein, auch wenn sie keine handschriftliche Grundlage hätte. Aber diese fehlte nicht einmal. Aus der Glosse und andern Nachrichten (s. Savigny Gesch. des R. R. im M. A. III S. 726 der 2 Ausg.) ergiebt sich, daß zur Zeit der Glossatoren Handschriften existirten, welche den Schluß der Stelle so hatten: nullam esse *pactionem* (oder conventionem), wodurch von selbst die Fortsetzung: ut *venditioni* stetur, und der Anfang: si pactum sit a *debitore*, ne liceat *creditori* etc. gegeben ist. Diese durch die Autorität des floren-

Es giebt einige Fälle des Eigenthumserwerbs, die auf den ersten Anblick von der Tradition ganz verschieden zu sein scheinen, die aber in der That entweder wirkliche Traditionen, oder wenigstens unter diesen Gesichtspunkt zu bringen sind. Wer Geld oder dergleichen unter eine Menge auswirft, in der Absicht, den, welcher von den Versammelten zuerst es ergreifen wird, zum Eigenthümer zu machen (qui missilia iactat in vulgus), giebt sein Eigenthum auf, aber nicht schlechthin, sondern mit dem Willen, es auf einen Andern zu übertragen, dem zugleich die Möglichkeit der Apprehension eingeräumt wird. In diesen beiden Punkten besteht aber eben die Tradition, und das Besondere jenes Falles ist nur, daß der Empfänger im Augenblick des Auswerfens für den Geber noch eine persona incerta ist.[m]) Wie eine Tradition ferner ist es zu behandeln, wenn jemand das Recht, Früchte einer fremden Sache zu beziehen, von dem Eigenthümer erhalten hat, wie der Pächter, der Usufructuar; er wird Eigenthümer der Früchte durch die Apprehension ihres Besitzes (Perception), und diese Apprehension gestattet und gewährt der Eigenthümer, nur daß sich diese Erlaubniß und Einräumung nicht speciell für jede einzelne Frucht wiederholt.[n]) Auch der Erwerb dessen, der als Beklagter mit der Vindication statt der Sache den Ersatz derselben geleistet hat, ist der Tradition zu vergleichen (§ 232 Note f).

Nicht bloß die Tradition, sondern auch die einseitige Besitzergreifung, die Occupation, ist nach dem Jus Gentium eine Eigenthumserwerbsart, wenn dieser Aneignung nicht das Recht eines Andern entgegensteht. Die Tradition setzt als Eigenthumserwerbsart voraus, daß ein Anderer Eigenthümer ist, der durch diesen Act das Eigenthum aufgiebt und auf den Erwerber überträgt. Die einseitige Besitzergreifung dagegen, wenn sie das Eigenthum bewirken soll, fordert, daß die Sache herrenlos, nullius in bonis ist: quod enim nullius est, id ratione naturali occupanti conceditur.[o]) Es ist gleichgültig, ob die Sache noch niemals im Eigenthum gewesen, oder ob sie herrenlos erst geworden ist, aber sie ist herrenlos nicht schon, wenn jemand sie ex iure quiritium, sondern erst, wenn sie auch niemand in bonis hat. Diese Voraussetzung des Eigenthumserwerbs durch Occupation soll nun an einigen Fällen näher bestimmt werden.

---

tinischen MS. verdrängte Lesart stellt nicht nur den Zusammenhang der Stelle mit dem Vorangehenden her, sondern giebt ihr selbst erst Verständlichkeit. Der Vertrag, wodurch dem Gläubiger das Veräußerungsrecht genommen werden soll, ist contra ius, er widerspricht der Natur des Pfandrechts, und ist darum nichtig. Vgl. Puchta Veräußerung gegen Vertrag, Kleine civil. Schriften S. 664 ff. [Eine Berufung auf die Vulgathandschriften gegen Uebereinstimmung der Flor. und der Griechen ist kritisch unzulässig; die Stelle mag ursprünglich etwa so gelautet haben: Quaeritur, si pactum sit, creditori ne liceat fiduciam vendere, quid iuris sit — et certum est nullam esse, venditioni ut stetur.]

m) L. 9 § 7 D. de adquir. dom. (41, 1) § 46 I. de rer. div. (2, 1). Der Wille ist auf einen aus der versammelten Menge gerichtet, also doch nicht auf ein absolut unbestimmtes Subject. Anders, wenn jemand Geld wegwirft oder ein Thier losläßt, damit irgend jemand es finde und an sich nehme; hier ist keine Tradition anzunehmen, sondern eine Dereliction von der einen, eine Occupation von der andern Seite, die bloße Absicht, daß ein Anderer Eigenthümer werden möge, die am Ende bei den meisten Derelictionen vorkommen wird, ist nicht hinreichend, um den Fall unter die Tradition zu stellen, die Person darf nicht absolut unbestimmt sein, und sie selbst muß den Besitz als einen von dem Andern zu ihren Gunsten aufgegebenen ergreifen L. 5 § 1 D. pro derel. (41, 7).

n) L. 6 D. de donat. (39, 5) L. 62 § 8 D. de furt. (47, 2) L. 13 D. quib. mod. ususfr. amitt. (7, 4).

o) Gai. II 66—69. § 12—19. 39. 47. 48 I. de rer. div. (2, 1) L. 1—6 D. de adqu. dom. (41, 1).

1) Eine Sache kann herrenlos werden dadurch, daß der Eigenthümer sein Eigenthum schlechthin aufgiebt, dieser Verzicht auf das Eigenthum heißt Dereliction. Sie fordert einmal den Willen, sich seines Eigenthums zu entäußern, sodann eine äußere Handlung, in der sich dieser Wille verkörpert (pro derelicto habere), z. B. Wegwerfen der Sache, Entfernung von dem Grundstück.[p] Ueber die Wirkung der Dereliction war eine Controverse zwischen den beiden Schulen der römischen Juristen. Die Proculianer betrachteten sie als eine Handlung, welche den Eigenthumserwerb durch Occupation möglich mache, aber erst durch diese Occupation verliere der Derelinquent das Eigenthum, nicht schon durch die Dereliction selbst, während die Sabinianer, deren Meinung nachher die herrschende ward, diese Wirkung des Verlustes schon der Dereliction zuschrieben.[q] — Seit Constantin nahmen die auf das Grundeigenthum gelegten Lasten so sehr zu, daß die Bebauung geringeren Landes an vielen Orten sich nicht mehr lohnte, daher solche unfruchtbarere Strecken entweder derelinquirt wurden, oder die Eigenthümer, wenn die Steuern zu hoch stiegen, sich temporär von ihren Gütern entfernten, und diese bis auf bessere Zeiten ihrem Schicksal überließen. Darauf bezieht sich eine Reihe von Verordnungen,[r] von denen folgende hieher gehören. Niemand soll die unfruchtbaren Theile seines Grundbesitzes derelinquiren und die fruchtbaren behalten können, er muß alles behalten oder alles aufgeben. Ferner wenn jemand verlassenes Land in Besitz genommen und cultivirt hat, so soll der Eigenthümer, der zwei Jahre verstreichen läßt, ohne das Grundstück mit Erstattung der Culturkosten zu vindiciren, als Derelinquent behandelt, der Besitzer Eigenthümer werden.

2) Sachen, die in der Gewalt der Feinde sich befinden, sind herrenlos, sie sind, so lange jene Gewalt dauert, allen rechtlichen Zuständen entzogen (vgl. auch § 223 Note q). Dieß gilt auch von denen, welche die Feinde uns abgenommen haben. Die Befreiung aus der Gewalt der Feinde, also ihr Gelangen in unsere Gewalt stellt sie in die Reihe der rechtlichen Gegenstände, sie werden daher durch unsere Occupation in das Eigenthum gebracht, entweder in das Eigenthum des Staats, durch dessen Ueberlassung sie dann erst an die Einzelnen gelangen, oder unmittelbar in das Eigenthum der einzelnen Occupanten. Das erste ist der Fall bei denen, die unter die Kategorie der Eroberung oder Beute fallen, das zweite bei dem, was von dem Eigenthum der jenseitigen Volksgenossen schon bei dem Anfang des Kriegs in unserem Lande sich befand.[s] Zur Beute gehört das dem Feinde Abgenommene, auch wenn

---

p) § 47 I. de rer. div. (2, 1). Der bloße Wille (auch der wörtlich erklärte) ist nicht hinreichend Ulpian. L. 17 § 1 D. de adqu. poss. (41, 2): differentia inter dominium et possessionem haec est, quod dominium nihilo minus eius manet, qui dominus esse non vult, possessio autem recedit, ut quisque constituit nolle possidere —, aber auch nicht der bloße äußere Act, daher der Schiffswurf zur Erleichterung des Fahrzeugs keine Dereliction ist § 48 I. de rer. div. Die Dereliction ist gewissermaßen die umgekehrte Occupation Ulpian. L. 1 D. pro derel. (41, 7): si res pro derelicto habita sit, statim nostra esse desinit, et occupantis statim fit, quia iisdem modis res desinunt esse nostrae, quibus adquiruntur.

q) L. 43 § 5 D. de furt. (47, 2) L. 38 § 1 D. de noxal. act. (9, 4) L. 2 § 1 D. pro derel. (41, 7). Der Grund der proculianischen Ansicht könnte gewesen sein, daß auf jeden Fall die Dereliction als ein nicht civiler Act nur das natürliche, nicht das quiritische Eigenthum zerstöre, daß also der Derelinquent das nudum ius quiritium behalte, dieser Begriff aber setze voraus, daß ein Anderer die Sache in bonis habe, und das geschehe erst durch die Occupation. Aber vielleicht berief man sich auch auf den allgemeineren Grund, daß die Dereliction allein ein zu wenig mit Zuverlässigkeit erkennbarer Act sei.

r) Cod. XI 59: de omni agro deserto et quando steriles fertilibus imponuntur.

s) L. 51 § 1 D. de adqu. dom. (41, 1).

es früher unser Eigenthum war, diese Eigenschaft hat es durch den Zwischenzustand feindlicher Gewalt unwiederbringlich verloren, es wird wie eine von jeher herrenlose Sache behandelt. Dieß aber hat Ausnahmen, es giebt Sachen, die, wenn die Gewalt der Feinde über sie aufhört, in ihren früheren rechtlichen Zustand zurückkehren, also auch in das Eigenthum des früheren Eigenthümers, indem jener rechtlose Zwischenzustand getilgt wird. Diese Sachen haben das Postliminium (vgl. § 220, 1, a), es gehören dahin: Grundstücke, Sclaven, Pferde und Maulthiere, die im Krieg gebraucht werden, und unter derselben Voraussetzung auch Schiffe.[t])

3) Die natürliche Freiheit wilder Thiere macht sie zu herrenlosen Sachen, sie sind nur so lange im Eigenthum, als jene Freiheit unterdrückt ist, also so lange sie besessen werden (§ 228 Note l).[u]) Das Eigenthum wird an wilden Thieren, die in ihrer natürlichen Freiheit sind, durch Occupation erworben; ob der Occupant zur venatio, piscatio, aucupium berechtigt war, ist für diese Wirkung gleichgültig, der unbefugte Jäger oder Fischer macht sich einer Rechtsverletzung schuldig und setzt sich einer Klage aus, aber er verletzt nicht ein Eigenthum an den Thieren, denn ein solches existirt nicht.[v])

4) Wenn eine Sache so lange verborgen gelegen hat, daß der Eigenthümer nicht mehr zu ermitteln ist, so ist sie eben darum als eine herrenlose zu behandeln. Ein solcher thesaurus[w]) wird von dem Occupanten erworben.[x]) Ein Bedenken entsteht, wenn jemand einen Schatz auf fremdem Grund und Boden entdeckt, sofern die Occupation nicht ohne eine ihm nicht zuständige Einwirkung auf das Grundstück möglich ist. Der Eigenthümer kann diese Occupation untersuchen, und wenn der Finder dieses Verbot durch Verheimlichung umgeht, oder sich über dasselbe hinwegsetzt, so liegt es sehr nahe, dem Eigenthümer eine Klage auf Herausgabe des durch jene widerrechtliche Handlung gemachten Gewinns zuzusprechen. Seit man ferner unter den Imperatoren angefangen hatte, auf Vermehrung der öffentlichen Einkünfte und namentlich des Fiscus des Princeps aller Orten Bedacht zu nehmen, konnte es leicht als empfehlenswerthe Maßregel erscheinen, Schätze wie bona vacantia zu behandeln und dem Aerar oder Fiscus ein Anrecht darauf beizulegen.[y]) Die erste gesetzliche Anordnung über diesen Punkt, welche bekannt ist, traf Hadrian.[z]) Wer einen Schatz auf seinem

---

t) L. 2. 3. 19 § 10 L. 28. 30 D. de captiv. (49, 15) Cic. top. 8.

u) L. 3 § 2 L. 4. 5 pr. D. de adqu. dom. (41, 1). Der Unterschied zwischen zahmen und gezähmten Thieren ist, daß die Fortdauer des Eigenthums an den ersten, z. B. Hunden, Gänsen, dadurch, daß sie sich verlaufen und die Gewöhnung zu ihrem Herrn und Hof verlieren, nicht beeinträchtigt wird, während sie bei den andern, zu denen die Römer auch Bienen und Tauben rechnen, von der consuetudo revertendi abhängt L. 5 § 2—6 D. eod. — Ein abenteuerlicher Gedanke wird in L. 44 D. eod. von Pomponius erwähnt, und seltsam genug, fast ungern wieder aufgegeben: was ein wildes Thier uns geraubt, werde auch herrenlos — es fehlte nur noch, daß man diesen Raub mit der Erbeutung durch die Feinde zusammenstellte.

v) L. 1 § 1 L. 3 § 1 D. eod.

w) L. 31 § 1 D. eod.: Thesaurus est vetus quaedam depositio pecuniae, cuius non extat memoria, ut iam dominum non habeat —. L. un. C. de thesauris (10, 15): — condita ab ignotis dominis tempore vetustiori mobilia —.

x) Man bezeichnet diesen Eigenthumserwerb gewöhnlich mit dem Ausdruck: Finden, inventio. Aber Finden ist gar kein juristischer Act, und nicht der Finder als solcher wird Eigenthümer, sondern nur, wenn er zugleich Occupant ist, was nicht immer zusammentrifft.

y) Dahin deuten die Anzeigen, die von entdeckten Schätzen an den Princeps gemacht wurden, sei es mit dem Gesuch des Occupanten, sie behalten zu dürfen Philostrat. vit. sophist. II 2 Zonaras annal. IX 20 (Rescript des Nerva) oder mit der Aufforderung, die zur Occupation nöthigen Mittel zu decretiren Tac. ann. XVI 1 Sueton. Nero 31.

z) § 39 I. de rer. div. (2, 1) Spartian. Hadr. 18.

eignen Grundstück findet, soll ihn durch Occupation erwerben und ohne Abzug behalten, hier ist es denn auch gleichgültig, ob er ihn absichtlich gesucht oder zufällig gefunden hat. In allen andern Fällen verwirkt man durch das absichtliche Nachforschen das Recht auf das Gefundene. Die Occupation in Folge zufälligen Findens aber giebt dasselbe Recht wie dort bei einem in heiligen Orten oder in Begräbnißplätzen befindlichen Schatz,[aa]) befand er sich auf fremdem Eigenthum, so hat der Eigenthümer (sei es der Princeps, oder der Staat, oder eine Stadt, oder eine Privatperson) ein Recht auf die Hälfte, die er von dem Occupanten fordern kann.[bb]) Dieses Recht tragen auch die späteren Juristen bis zum Ende der dritten Periode vor, was nicht ausschließt, daß durch vorübergehende Finanzmaßregeln unter manchen Regierungen alle Schätze dem Fiscus vindicirt wurden, ja daß dieß sogar das Gewöhnliche war.[cc]) Die Folge davon war ohne Zweifel die, daß die Entdeckung gewöhnlich verheimlicht wurde, dieß bewog Constantin, während die Belohnung des Entdeckers bis dahin dem willkürlichen Ermessen überlassen war, durch ein allgemeines Gesetz dem Finder die Hälfte zuzusprechen.[dd]) Theodosius I kam auf das hadrianische Recht zurück, doch so, daß er den Anspruch des Grundeigenthümers auf ein Viertheil reducirte.[ee]) In den westlichen Theilen des Reichs scheint man, obwohl diese Verordnungen in den theodosischen Codex aufgenommen wurden, das ausschließliche Recht des Fiscus nicht aufgegeben oder bald wieder hergestellt zu haben,[ff]) und auch im Orient geschah das Letztere, bis Kaiser Leo das Recht Hadrians wieder einführte, indem er zugleich die Anwendung heidnischer Gebräuche und zauberischer Künste bei der Aufsuchung von Schätzen verbot;[gg]) dieses Recht hat auch Justinian in seine Gesetzgebung aufgenommen.

CCXLII. Eine Eigenthumsveränderung, Erwerb auf der einen, Verlust auf der andern Seite, kann durch die Vereinigung mehrerer Sachen entstehen. Vor allem muß hier der Fall ausgeschieden werden, wenn mehrere Eigenthümer übereinkommen, ihre Sachen zu verbinden, z. B. ihr Getreide, ihren Wein, um die Masse gemeinschaftlich zu Markt zu bringen: durch die Ausführung dieser Uebereinkunft werden sie Miteigenthümer, jeder verliert sein Eigenthum an seiner Sache, und erwirbt das Eigenthum einer Quote des Ganzen, aber dieß ist eine Folge ihres Rechtsgeschäfts, und tritt ein, von welcher Art übrigens die Verbindung sein möge.[a])

Soll die Verbindung selbst eine Eigenthumsveränderung hervorbringen,

---

aa) Dieß hat nachher eine Constitution von Marc Aurel und Verus abgeändert, wenigstens in Beziehung auf Begräbnißplätze, der Fiscus soll hier Anspruch auf die Hälfte haben L. 3 § 10 D. de iure fisci (49, 14).

bb) Wo der Fiscus diesen Anspruch hat, wird dem Occupanten das Ganze und noch einmal so viel entzogen, wenn er den Schatz verheimlicht. Gegenüber andern Grundeigenthümern ist er zur Anzeige nicht verpflichtet L. 3 § 11 D. eod.

cc) So stellt es Lampridius im Leben des Alexander (c. 46) als einen besondern Gnadenact dar, daß dieser Princeps die Schätze den Findern zu überlassen pflegte, was voraussetzt, daß damals jeder dem Fiscus angezeigt werden mußte. Vgl. auch Iac. Gothofredus ad L. 1 C. Th. de thesaur.

dd) L. 1 C. Th. de thesauris (10, 18).

ee) L. 2. 3 C. Th. eod.

ff) So bestand es unter den Ostgothen Cassiodorus var. VI 8.

gg) L. un. C. de thesauris (10, 15).

a) L. 5 pr. D. de R. V. (6, 1) L. 7 § 8 D. de adqu. dom. (41, 1) § 28 I. de rer. div. (2, 1).

so hängt diese Veränderung und ihre Modalität von zwei Momenten ab: 1) von der Innigkeit der Verbindung, 2) von dem Verhältniß, in dem die verbundenen Sachen stehen, welches ein doppeltes sein kann: a) daß die eine Sache Bestandtheil, Accession, der andern ist, sie also in dem Verhältniß von Hauptsache und Nebensache zu einander stehen, b) daß eine Sache Accession der andern ist, sie also zusammen eine dritte bilden, deren gleichmäßige Bestandtheile sie sind. Von dem ersten Moment, der Innigkeit der Verbindung, hängt es ab, ob überhaupt eine Eigenthumsveränderung eintritt, von dem zweiten, welcher Art diese Veränderung ist. Wir beginnen daher mit dem ersten Moment, dem das zweite anzuschließen sein wird.

Ist die Verbindung eine das Wesen der Sache nicht afficirende, eine rein äußerliche, so tritt überall keine Eigenthumsveränderung ein. Am unzweifelhaftesten ist der Fall, wenn sie gar keine Cohärenz der Körper bewirkt, z. B. wenn Getreide verschiedener Eigenthümer auf einen Haufen zusammengeschüttet wird, oder meine Schafe unter fremde gerathen; hier kann jeder seine Körner, seine Schafe sofort von dem Besitzer vindiciren.[b]) Aber auch im Fall einer körperlichen Cohärenz kann die Verbindung jener Art sein; das Kennzeichen ist, daß die Sachen scheidbar sind, also ihr früheres selbständiges Dasein sich unverändert wieder herstellen läßt, z. B. wenn Metalle oder andere Flüssigkeiten vermischt sind, die sich chemisch wieder sondern lassen,[c]) oder wenn ein Stein in einen fremden Ring gesetzt, ein Balken in ein fremdes Haus verbaut worden ist, oder zwei Metallkörper durch ein davon verschiedenes Metall verbunden worden sind (Anlöthung, plumbatura).[d]) Auch hier ist das Eigenthum unverloren und die Vindication zulässig, nur daß sie, wenn eine mit einer andern körperlich verbundene Sache vindicirt werden soll, durch die actio ad exhibendum auf Trennung vorbereitet werden muß, da nur eine äußerlich selbständige Sache vindicirt werden kann.[e])

Da die Verbindung, von der jetzt die Rede war, eine Veränderung des Eigenthums überhaupt nicht bewirkt, so ist es an sich auch gleichgültig, ob die verbundenen Sachen im Verhältniß der Accession zu einander stehen (wie bei dem Stein im Ring, im Haus ꝛc.) oder nicht (wie bei der Vermischung von Getreide, Flüssigkeiten ꝛc.). Nur der Unterschied ist, daß im ersten Fall der Eigenthümer der Hauptsache diese schlechtweg (obwohl ein fremder Bestandtheil daran sich befindet) vindiciren kann, während der Eigenthümer der Nebensache

---

b) L. 5 pr. § 1 L. 23 § 4 D. de R. V. (6, 1). Daß der Beklagte nicht angehalten werden kann, die einzelnen Körner zu restituiren, sondern den Werth (in Geld oder einem entsprechenden Quantum des Haufens), macht in der Sache keinen Unterschied. Nur bei Geldstücken, die unter das Geld eines Andern gekommen sind, so daß sie sich nicht mehr erkennen lassen, tritt eine Modification des Grundsatzes ein, das Eigenthum derselben geht dadurch verloren, sie können nicht mehr vindicirt, sondern es kann nur die Summe, die sie darstellen, mit einer persönlichen Klage gegen den dazu aus irgend einem obligatorischen Grund Verpflichteten (sei es jener, auf den das Eigenthum übergegangen ist, oder ein Dritter) gefordert werden L. 78 D. de solut. (46, 3). Der Grund liegt in der Natur des Gelds. Geldstücke sind 1) Sachen wie andere, als solche sind sie Gegenstände der Vindication, 2) Repräsentanten eines Werths, indem sie eine Geldsumme darstellen, die keinen Gegenstand der Vindication bildet. Unter dem fremden Geld, worin sie nicht mehr erkennbar sind, haben sie für ihren bisherigen Eigenthümer nur noch den zweiten Charakter.

c) L. 5 § 1 D. de R. V. (6, 1) L. 12 § 1 D. de adqu. dom. (41, 1).

d) L. 23 § 5 D. de R. V. (6, 1). [Vgl. Göppert über die Bedeutung von ferruminare und adplumbare. 1869.]

e) L. 23 § 5 cit. L. 6 D. ad exhib. (10, 4). Nur bei dem tignum iunctum aedibus vel vineae ist die actio ad exhibendum, und damit auch die Vindication aus besondern Gründen ausgeschlossen, ohne daß jedoch darum das Eigenthum selbst verloren ist § 231 Note dd.

bloß auf diese klagt,[f]) im zweiten Fall jeder bloß seinen Bestandtheil vindicirt.[g])

Einen Eigenthumserwerb aber bewirkt die Verbindung, wenn sie von der Beschaffenheit ist, daß die verbundenen Sachen unscheidbar sind, so daß das frühere getrennte Dasein derselben in seiner damaligen Art unwiederbringlich untergegangen ist. Dieser Untergang muß eine Veränderung des Eigenthums in seinem Gefolge haben, sie läßt sich aber auf doppelte Art denken, entweder so, daß die beiden Eigenthümer der vereinigten Sachen Miteigenthümer der daraus entstandenen Einen Sache werden, oder so, daß diese im ausschließlichen Eigenthum eines von ihnen ist, der Andere sein Eigenthum schlechthin verloren hat, und wegen etwaiger Entschädigung für diesen Verlust, wenn die Umstände sie gerecht machen, auf andere Rechtsmittel verwiesen ist. Welche von diesen beiden Formen der Eigenthumsveränderung eintritt, das entscheidet sich durch das Verhältniß, das unter den verbundenen Sachen besteht, es hängt davon ab, ob dieses das Accessionsverhältniß ist oder nicht.

Wenn zwei Sachen unscheidbar verbunden sind, ohne daß die eine Accession der andern genannt werden kann, z. B. zwei Massen desselben Metalls, oder Weine ꝛc., so werden die bisherigen Eigenthümer derselben Miteigenthümer des Ganzen.[h]) Dieß ist stets der Fall, wenn die Sachen zufällig verbunden worden sind. Sind sie absichtlich von einem der Eigenthümer vereinigt worden ohne den Willen des andern (von dem Fall, wenn es mit dem Willen beider geschah, war oben die Rede, s. Note a), so ist noch dasselbe anzunehmen, wenn sich mit der Vereinigung nicht die Hervorbringung einer neuen Species verband. Hat aber jemand aus seiner und einer fremden Sache durch ihre Verbindung eine neue, davon ihrem Wesen nach verschiedene mit dem animus sibi habendi gemacht oder machen lassen, z. B. aus mehreren verschiedenen Stoffen ein Arzneimittel, aus eigener und fremder Wolle Tuch, aus eignem und fremdem Holz ein Schiff ꝛc., so giebt dieses Hinzukommen der Fabrication und das Entstehen einer neuen Species jenem animus ein solches Gewicht, daß der Verfertiger Eigenthümer des Ganzen wird.[i]) Man nennt diesen Erwerb durch Hervorbringung einer neuen Sache (cum quis ex aliena materia *speciem* aliquam suo nomine fecerit) Specification. Er hat aber noch eine weitere Anwendung; nicht bloß wenn eigner und fremder Stoff verbunden, sondern auch, wenn rein fremder Stoff dazu verwendet worden ist, der Verfertiger also von dem Seinigen nichts als seine Arbeit hinzugethan hat, soll er Eigenthümer des Fabricats werden.[k]) Dieß war die Meinung der Proculianer, die Sabinianer wollten die Sache dem Eigenthümer des Stoffs zuwenden, sie stellten den Grundsatz auf: quod ex re nostra fit, nostrum est. Die Erwerbung des Specificanten nach der proculianischen Ansicht setzt aber zweierlei voraus, einmal eine wirkliche Fabrication, als solche kann z. B. das bloße Färben eines Stoffs, das Ausdreschen des Getreides nicht gelten,[l]) und sodann, nach einer

---

f) L. 23 § 5 cit. L. 26 § 1 D. de adqu. dom. (41, 1).

g) L. 2. 5 § 1 D. de R. V. (6, 1).

h) § 27 I. de rer. div. (2, 1) L. 3 § 2 L. 4 D. de R. V. (6, 1). Daher pflegt man confusio als eine Eigenthumserwerbsart aufzuführen, und ihr die commixtio, als eine scheidbare Vermischung (Note c) entgegenzusetzen.

i) L. 5 § 1 D. de R. V. (6, 1) L. 27 § 1 D. de adqu. dom. (41, 1).

k) Gai. II 79 L. 7 § 7 L. 24. 26 pr. § 3 D. de adqu. dom. (41, 1) § 25 I. de rer. div. (2, 1).

l) L. 7 § 7 cit.: — qui excussit spicas, non novam speciem facit, sed eam, quae est, detegit.

weiteren Entwickelung jener Ansicht, eine vollkommene Veränderung der verbrauchten Sache, die daran erkennbar ist, daß sie sich nicht mehr aus dem Fabricat wiederherstellen läßt, so daß also z. B. die Verfertigung eines Gefäßes aus fremdem Silber keine Specification mit jener Wirkung ist. In dieser Gestalt ist die proculianische Ansicht auch im justinianischen Recht recipirt. In der That kann erst unter diesen Umständen gesagt werden, daß die beiden vereinigten Dinge, Stoff und Arbeit, unscheidbar sind und sich vollkommen durchdrungen haben, was nicht der Fall ist, wenn das Resultat der Arbeit sich rein entfernen, und der reine Stoff sich wieder darstellen läßt. In der Zutheilung der Sache an den Specificanten könnte man eine Begünstigung der Industrie finden, der juristische Grund aber ist, daß der Stoff als untergegangen, das Fabricat als eine neue Sache betrachtet wird, die als solche keinem Andern gehören kann, als dem, der sie mit dem animus sibi habendi erzeugt hat.[m])

Wir gehen zu dem Fall fort, daß zwei Sachen so verbunden werden, daß die eine Bestandtheil der andern ist, also zu dem Fall der Accession. Wir setzen eine solche voraus, wodurch die Sache integrirender Bestandtheil der Hauptsache, ihre Trennung also, wenigstens ohne wesentliche Modification unmöglich wird (§ 222). Die hinzukommende Sache hat definitiv aufgehört, als eine selbständige zu existiren, das Eigenthum daran ist verloren, und dem Eigenthümer der Hauptsache erworben.[n]) Nun kann es unter Umständen zweifelhaft sein, welche von beiden Sachen die Hauptsache ist, also die andere nach sich zieht. Darüber entscheidet nicht schlechterdings der höhere Werth, sondern die Bestimmung, die der Sache gegeben ist, oder auch die natürliche Abhängigkeit der einen von der andern.[o]) So zieht das Eigenthum am Tuch das an der eingewebten Verzierung nach sich, dasselbe hat man angenommen für das Eigenthum am Papier oder Pergament, das die darauf geschriebenen Buchstaben nach sich ziehen soll;[p]) wenn dagegen auf fremder Leinwand oder Tafel gemalt ist, so ist der Natur der Sache gemäß entschieden, daß das Gemälde die Hauptsache ist, wofern es nicht die Bestimmung hat, den Gegenstand, auf den es aufgetragen ist, z. B. die Wand, das Geräthe, zu verzieren.[q]) Wenn

---

m) Von diesem Standpunkt aus muß es gleichgültig sein, ob der Specificant das fremde Eigenthum am Stoff gekannt hat oder nicht. Ein besonderer Fall aber ist noch, wenn er nicht bloß überhaupt wußte, daß die verarbeitete Sache eine fremde sei, sondern in der positiven Absicht, einen rechtswidrigen Gewinn zu machen, sie verarbeitete. Hier kehrten manche Juristen zu der sabinianischen Ansicht zurück, und gestatteten jenem nicht, sich auf seine Fabrication zu berufen, sie behandelten den Stoff und die Form als scheidbar, indem sie die letztere ganz ignoriren ließen L. 12 § 3 D. ad exhib. (10, 4) L. 4 § 20 D. de usurp. (41, 3) (beide Stellen von Paulus, der anderwärts die proculianische Ansicht vorträgt) L. 52 § 14 D. de furt. (47, 2). [Vgl. jetzt über den Begriff und die einzelnen Fälle der Spezification: Göppert über einheitliche zusammengesetzte und Gesammtsachen. 1871.]

n) L. 26 § 2 D. de adqu. dom.: Arbor radicitus eruta et in alio posita, priusquam coaluerit, prioris domini est, ubi coaluit, agro cedit, et si rursus eruta sit, non ad priorem dominum revertitur. Nam credibile est, alio terrae alimento aliam factam.

o) Vgl. L. 19 § 13. 15. 20 L. 29 § 1 D. de auro argento (34, 2). Dieses Princip gilt für die Accessionsqualität überhaupt, nicht bloß für jene, die Wiederherstellung der Selbständigkeit ausschließende.

p) § 26. 33 I. de rer. div. (2, 1).

q) Gai. II 78 L. 9 § 2 D. de adqu. dom. (41, 1) § 34 I. de rer. div. (2, 1) L. 39 § 1 D. de H. P. (5, 3). Gaius sagt, der Unterschied, der hier zwischen Schreiben und Malen gemacht werde, habe keinen haltbaren inneren Grund für sich. Gegen diese Behauptung würde sich wenig einwenden lassen, wenn er davon den Gebrauch machte, für das Schreiben dieselbe Entscheidung wie für das Malen zu empfehlen. Dem ist aber nicht so; vielmehr billigt er es vollkommen, daß die Schrift als die Nebensache behandelt wird, und wünscht, bei dem Gemälde möchte es eben

zwei Metallkörper an einander geschweißt sind (ferruminatio), so kann auch hier die Natur der Sache den einen zur Accession des andern machen, wie wenn es sich von dem Glied einer Statue handelt,[r]) außerdem wird hier das der beiden Stücke als Accession betrachtet, welches den geringeren Umfang und Werth hat.[s]) Bei einem Schiff wird der Kiel als der Theil betrachtet, zu dem die übrigen als Accessionen sich verhalten.[t]) Am unzweifelhaftesten ist die Entscheidung bei der Verbindung einer Sache mit dem Grund und Boden, hier ist stets das solum das principale, ist die Verbindung also eine vollkommene, so daß die Accession eine res soli wird, so wird die Sache von dem Eigenthum an dem Grundstück ergriffen. Dieß ist der Fall bei dem Bauen (superficies solo cedit, omne quod inaedificatur, solo cedit), nur vorausgesetzt, daß das Gebäude nicht seiner Bestimmung nach ein bewegliches ist (Zelt, Bude, Hürde u. dgl.); wer und in welcher Absicht er das unbewegliche Gebäude errichtet hat, ist gleichgültig.[u]) Dasselbe gilt von Samen und Pflanzen, so wie sie Wurzeln geschlagen haben, und dadurch res soli geworden sind.[v]) In allen diesen Fällen liegt der Grund des Erwerbs nicht in der Thätigkeit, durch welche diese Erfolge vermittelt worden sind, sondern in der nothwendigen Absorption des Eigenthums der integrirenden Accession durch das Eigenthum der Hauptsache, daher könnte die Accession auch durch einen reinen Zufall geschehen sein, und es würde doch dieselbe Folge eintreten. Dieß ist der Fall, wenn durch eine Strömung Bäume und Rasen von einem Grundstück abgerissen, und an ein anderes hingeführt werden, sobald sie mit diesem verwachsen sind.[w]) — Es fragt sich noch, ob und wie der durch solche Accessionsfälle verlierende Eigenthümer von dem Gewinnenden eine Entschädigung fordern kann. Ist er im Besitz der Sache, so hat er eine exceptio doli gegen die Vindication des Letzteren, wenn ihn dieser nicht entschädigt, und zwar schlechthin, wenn die Vereinigung durch die Thätigkeit desselben vermittelt worden ist, hat sie aber ihren Grund in der eigenen Thätigkeit des Verlierenden, nach den Grundsätzen von den Verwendungen (§ 232). Ist er nicht im Besitz, und die Verbindung ist durch den Eigenthümer der Hauptsache, oder auch von ihm selbst, aber bona fide, geschehen, so wird ihm eine in factum actio gegeben, wobei der beklagte Eigenthümer, sofern er in bona fide

---

so gehalten werden. Entschieden ist dieser letzteren Meinung Paulus L. 23 § 3 D. de R. V. (6, 1), der die Accessionsqualität schlechtweg auf den Umstand stellt, welche Sache ohne die andere nicht bestehen kann, und darum beim Schreiben und Malen den Träger der Schrift und des Gemäldes als die Hauptsache behandelt.

r) L. 23 § 5 D. de R. V. (6, 1).

s) L. 27 § 2 D. de adqu. dom. (41, 1).

t) L. 61 D. de R. V. (6, 1).

u) Gai. II 73 L. 7 § 10—12 D. de adqu. dom. (41, 1) § 29. 30 I. de rer. div. (2, 1). Dieser nothwendige Erwerb durch Accession trifft aber nur das Gebäude als Ganzes, denn nur als solches ist es res soli; sollen die Materialien, aus denen es besteht, auch als einzelne in das Eigenthum des Grundeigenthümers kommen (also ihre Vindication nach Zerstörung des Gebäudes ausgeschlossen sein), so muß noch ein anderer Erwerbsgrund hinzutreten. Ein solcher ist der Ersatz ihres Werths an den, der sie auf unserem Boden verbaut hat, ferner daß er sie mit dem animus donandi verbaut hat L. 2 C. de R. V. (3, 32); nach den vorhin allegirten Stellen soll dasselbe auch angenommen werden, wenn der Bauende überhaupt gewußt hat, daß der Boden ein fremder sei, eine Behauptung, die jedenfalls zu weit ist.

v) Gai. II 74. 75 § 31. 32 I. de rer. div. (2, 1) L. 7 § 13 L. 9 pr. D. de adqu. dom. (41, 1). Daraus folgt nicht, daß die Wurzeln für sich das Eigenthum bestimmten, so daß der Nachbar Eigenthümer oder Miteigenthümer des Baums würde, weil dessen Wurzeln in sein Grundstück hinüberreichen L. 6 § 2 D. arborum furtim caes. (47, 7).

w) L. 7 § 2 D. de adqu. dom. (41, 1) L. 9 § 2 D. de damno inf. (39, 2).

ist, die Wahl hat, ob er jenen entschädigen, oder ihm umgekehrt die ganze Sache gegen Ersatz seines Eigenthums abtreten will.[x])

Einen besonderen Fall des Erwerbs durch Accession bildet die Erweiterung, die ein Grundstück dadurch erhalten kann, daß es an einem öffentlichen Fluß liegt. Die gewöhnlichste Art der Vergrößerung ist die, daß der Fluß allmählich und unmerklich Land ansetzt, also gegen das Grundstück zurücktritt, während er an einem andern Ort Land abspült, also sein Bette erweitert. Jener Ansatz heißt alluvio.[y]) Diese Vergrößerung fällt aber weg bei agri limitati.[z]) Der Grund ist, weil hier den Centurien (§ 223 a. E.) ein bestimmtes Maß gegeben ist, welches die Vergrößerung der darin begriffenen Grundstücke in ihrer Gesammtheit ausschließt. Was nun aber die Erweiterung der einzelnen anlangt, die allerdings nicht auf ein festes Maß gesetzt sind, so ist entweder dem Fluß, der durch eine Centurie hindurch geht, und die daran liegenden Güter begrenzt, ein bestimmter Raum zugemessen, und es kann daher dem Fluß nichts abgewonnen werden, oder es ist dieß nicht geschehen, dann schien es unstatthaft, dem einen Grundstück einen Vortheil zu gestatten, den es auf Kosten eines andern zieht (von dem der Fluß so viel abnehmen wird, als er dem andern ansetzt), weil die Limitation, indem sie dem Complex der Grundstücke ein bestimmtes Maß vorschreibt und so die einzelnen beengt, gewissermaßen die Pflicht hat, sie gegen Verringerungen durch den Fluß zu schützen. In nichtlimitirtem Land fallen diese Rücksichten weg, und es tritt daher jener naturgemäße Erwerb durch Alluvion ein; hier mag jeder Eigenthümer einem Verlust dadurch zuvorzukommen suchen, daß er für die Befestigung des Ufers Sorge trägt, worin ihn der Prätor durch ein Interdict schützt.[aa]) Die Alluvion läßt sich als eine theilweise Entblößung des Flußbettes auffassen, welches als Träger eines öffentlichen Flusses res publica und den angrenzenden Grundstücken, deren Fortsetzung es bildet, entzogen ist, aber auch nur so lange, als es Flußbette bleibt.[bb]) Ein zweiter Fall solcher theilweiser Entblößung des Flußbettes ist die Entstehung einer Insel im Fluß. Wenn eine Linie gedacht wird, die das Flußbette der Länge nach in zwei gleiche Hälften theilt, so fällt, was von der Insel diesseits dieser Linie liegt, an die Grundstücke des diesseitigen Ufers, je nach ihrer Länge am Fluß hin, und eben so jenseits.[cc]) Ganz so ist es bei der gänzlichen Entblößung des Flußbettes (alveus derelictus), wenn der Fluß versiegt oder seinen Lauf ändert.[dd]) Aber auch diese Accessionen sind bei agri limitati ausgeschlossen, hier werden insula und alveus derelictus, sofern der Boden res publica nur um des Flusses willen war, herrenlos.[ee])

---

x) S. unter den übrigen bisher angeführten Stellen Gai. II 76—78 L. 23 § 4. 5 D. de R. V. (6, 1). Die Klage findet gegen den Eigenthümer, nicht bloß gegen den, der es zur Zeit der Accession war, Statt, daher wird sie in einigen Stellen als utilis in rem actio bestimmt. L. 5 § 3 D. eod. L. 9 § 2 D. de adqu. dom. (41, 1). — Außerdem ist es möglich, daß dem Benachtheiligten jemand (sei es der gewinnende Eigenthümer oder ein Anderer) durch einen besondern obligatorischen Grund, z. B. durch Entwendung der nachher zur Accession gewordenen Sache, verpflichtet ist.

y) Gai. II 70 L. 7 § 1 L. 12 pr. D. de adqu. dom. (41, 1).

z) L. 16 D. eod. Sic. Flacc. de cond. agr. p. 150 Lachm. Aggen. in Frontin. p. 16 sq. 49 sqq. Hygin. de gen. controv. agror. p. 124.

aa) Dig. XLIII 15: de ripa munienda.

bb) Daher kann von diesen Erwerbungen bei Privatgewässern nicht die Rede sein, deren Boden im Privateigenthum ist, und seine Eigenschaft nicht ändert, mag das Wasser darüber gehen oder nicht.

cc) L. 7 § 3 L. 29. 56 pr. D. de adqu. dom. (41, 1) § 22 I. de rer. div. (2, 1).

dd) L. 7 § 5. L. 30 § 1 D. de adqu. dom. § 23. 24 I. de rer. div.

ee) L. 1 § 6. 7 D. de fluminib. (43, 12).

Bis jetzt war von Acceſſionen die Rede, welche rein von außen an eine Sache kommen, und die dadurch ihren Eigenthümer verändern, daß ſie ihre frühere Selbſtändigkeit unwiderruflich verlieren. Nun kann aber eine Sache einen Zuwachs noch von innen heraus erhalten, durch ein Erzeugniß, das ſie aus ſich, wenn gleich nicht ohne Einwirkung von außen, hervorbringt, das Thier Junge, die Erde Mineralien und Pflanzen, die Pflanzen ſelbſt wieder Blüthen und Früchte. Dieſe Erzeugniſſe ſind in ihrem Werden und Reifen integrirende Theile der Sache, ohne Selbſtändigkeit, von dem Eigenthum an der Sache nothwendig an ſich gezogen,[ff]) ohne Rückſicht auf das bei der Erzeugung mitwirkende Element.[gg]) Aber ſie haben nicht die Beſtimmung, in dieſer Unſelbſtändigkeit für immer zu verharren, es tritt eine Zeit ein, wo jene Verbindung aufgehoben wird, wo ſie ſeparirt werden. Dieſe Ablöſung verändert das Eigenthum an ſich ſo wenig, als die Trennung eines andern Theils von der Sache, daher iſt Eigenthümer des Erzeugniſſes der, welcher im Augenblick der Separation Eigenthümer der erzeugenden Sache war.[hh])

Unter dieſen Erzeugniſſen wird eine beſondere Claſſe ausgeſchieden, darum nämlich, weil in Beziehung auf ſie das Recht des Eigenthümers beſchränkt und durch das Recht anderer Perſonen außer Wirkung geſetzt ſein kann; dieſe Claſſe bilden die Früchte. Fructus iſt der Gewinn, den die Sache dem Beſitzer abwirft; nicht alle Erzeugniſſe haben dieſen Charakter, ſo allerdings das Holz, das aus einem dieſer Nutzung beſtimmten Wald geſchlagen wird, aber nicht die Bäume, die der Sturm umgeriſſen hat,[ii]) ferner die Jungen der Thiere, aber nicht die Kinder der Sclavin.[kk]) Die Eigenſchaft der Frucht hat nun auf den Erwerb des Eigenthums an dem Erzeugniß Einfluß. Bei den Erzeugniſſen, die nicht Früchte ſind, gilt uneingeſchränkt jener Grundſatz, daß durch die Separation der Eigenthümer der erzeugenden Sache das Eigenthum daran erwirbt; eben ſo bei den Früchten, wenn kein Anderer zu dieſen berechtigt iſt; nicht weniger, wenn ein Anderer zu dem Fruchterwerb berechtigt iſt, aber ohne juriſtiſcher Beſitzer der Sache zu ſein, z. B. als Uſufructuar, als Pächter, ein ſolcher erwirbt das Eigenthum der Früchte erſt durch die Perception,[ll]) es geht

---

ff) L. 44 D. de R. V. (6, 1) L. 62 § 8 D. de furt. (47, 2) L. 1 § 1 D. de inspic. ventre (25, 4).

gg) — in percipiendis fructibus magis corporis ius, ex quo percipiuntur, quam seminis, ex quo oriuntur, adspicitur L. 25 § 1 D. de usur. et fructib. (22, 1) L. 5 § 2 D. de R. V. (6, 1).

hh) § 19 I. de rer. div. (2, 1).

ii) L. 7 § 12 D. sol. matrim. (24, 3).

kk) L. 10 § 2. 3 D. de iure dot. (23, 3) Ulpian. L. 27 pr. de H. P. (5, 3): — quia non temere ancillae eius rei causa comparantur, ut pariant. Mehr wie eine bloße Phraſe erſcheint der Grund, den Gaius angiebt L. 28 § 1 D. de usur. (22, 1): — absurdum enim videbatur, hominem in fructu esse, quum omnes fructus rerum natura hominum gratia comparaverit, eine Reminiſcenz aus den Büchern der Stoiker (Cic. off. I 7), gegen welche eine andere Aeußerung Ulpian's L. 68 D. de usufr. (7, 1): — neque enim in fructu hominis homo esse potest — den Vorzug hat, wenigſtens den Grund des Grundes, d. h. das ſittliche Gefühl anzudeuten, das ſelbſt eine ſclavenhaltende Nation abhalten muß, Menſchen die Beſtimmung von Zuchtvieh zu geben. Uebrigens beſtand unter den älteren römiſchen Juriſten eine (wahrſcheinlich auf der Sprache fußende) Controverſe, ob überhaupt Geburten, alſo auch von Thieren, als fructus gelten könnten, und manche behaupteten, daß, wenn man den Ausdruck auf die fetus pecorum anwende, er auch auf den partus ancillae erſtreckt werden müſſe Cic. de finib. I 4 L. 68 cit.

ll) Das Wort perceptio bedeutet häufig gar keinen beſondern Act, ſondern das Gewinnen, Beziehen der Früchte überhaupt, wo es aber gebraucht wird, um den Zeitpunkt des Erwerbs zu be-

von dem Eigenthümer der Sache auf ihn über (§ 241 Note n), schließt also den vorangehenden Erwerb des Eigenthümers nicht aus, der sogar als geschehen zu denken ist, wenn Separation und Perception zusammenfallen sollten. Anders ist es bei dem Besitzer des ager vectigalis oder dem Emphyteuta, dieser erwirbt das Eigenthum der Früchte des Grundstücks im Augenblick der Separation, wie sonst der Eigenthümer, schließt also dessen Erwerb aus, und dasselbe gilt von dem bonae fidei possessor, von dem daher gesagt wird: in fructibus id iuris habet, quod dominis praediorum tributum est.[mm])

Dieser Fruchterwerb des bonae fidei possessor muß noch näher bestimmt werden.[nn]) Wer ist es vor allem, dem dieser Erwerb beigemessen wird? Nicht geradehin der Usucapionsbesitzer, denn es kann jemand dieses sein, und doch jenen Erwerb nicht haben, wenn er nämlich seine bona fides nachher verloren hat, und umgekehrt kann er nicht Usucapionsbesitzer sein, und doch jenen Erwerb machen, wenn nämlich die Sache usucapionsunfähig (z. B. furtiva oder vi possessa) ist,[oo]) sondern der Besitzer, welcher auf einen iustus titulus gestützt die Sache fortwährend für die seinige hält.[pp]) Was sodann den Zeitpunkt des Erwerbs anlangt, so sind bei Früchten vier Momente zu unterscheiden: 1) die Zeit vor der Trennung (fructus pendentes), 2) die Separation, 3) die Perception (Besitzergreifung), 4) die Comsumtion, d. h. der natürliche oder juristische Verbrauch (Verzehrung und Veräußerung) derselben (fructus consumti den extantes entgegengesetzt). Das erste und dritte Moment kommt hier nicht in Betracht; das vierte hat die Wirkung, daß die bona fide consumirten Früchte aufhören, Accessionen der Eigenthumsklage auf die Sache zu sein, daß der Besitzer also, wenn er die Sache restituiren muß, sie nicht zu ersetzen braucht, sondern sie lucrirt (§ 232), es bezieht sich mithin zwar auf den Erwerb der Früchte im ökonomischen Sinn, nämlich auf den Gewinn, den es in der That erst gewährt, aber nicht auf den juristischen Begriff des Eigenthumserwerbs, von dem hier die Rede ist.[qq]) Das Moment, um das es hier allein sich han-

---

stimmen, wird der erste Moment der factischen Beziehung: die Besitzergreifung, darunter verstanden, s. z. B. L. 13 D. quib. mod. ususfr. (7, 4) L. 48 pr. D. de adqu. dom. (41, 1).

mm) L. 25 § 1 D. de usur. (22, 1).

nn) Es giebt darüber zwei Ansichten. Durch die Separation soll er 1) nach der älteren Ansicht das Eigenthum erwerben, diese ist in der neueren Zeit ausgeführt worden von Unterholzner Archiv für civil. Pr. VIII 13, Backe b. f. possess. quemadm. fructus suos faciat 1825; 2) nach einer neueren nur den Usucapionsbesitz, diese hat aufgestellt, ohne sie bisher im Einzelnen ausgeführt zu haben, Savigny Recht des Bes. § 22 a. Die erstere ist, wie mir scheint, die richtige, was aber nicht durchgängig von ihrer Ausführung im Einzelnen gesagt werden kann, worin jene Schriftsteller unter sich und mit Andern uneinig sind. [Vgl. Köppen über den Fruchterwerb des b. f. poss. 1872, Ihering in d. Jahrb. f. Dogmatik XII S. 314 ff. Pernice Labeo II (1878) S. 163 ff. Windscheid Pandekten I (5 Aufl. 1879) S. 593 ff.]

oo) L. 48 D. de adqu. dom. (41, 1) L. 48 § 6 D. de furt. (47, 2).

pp) Savigny deducirt seine Ansicht so (Note nn): Separation der Frucht ist Theilung der Sache, an dem Theil (hier der Frucht) setzt sich das Recht der Hauptsache fort, beim Eigenthümer das Eigenthum, beim bonae fidei possessor der Usucapionsbesitz, Eigenthümer wird er erst durch die Vollendung der Usucapion. Man sieht, dieß setzt voraus, daß der Grund des Erwerbs der Usucapionsbesitz sei. Dem ist aber nicht so, und damit fällt, wenn ich nicht irre, die ganze Deduction. Aus seiner Ansicht würde nämlich folgen, daß jeder Usucapionsbesitzer den Erwerb mache, jeder, der es nicht ist, davon ausgeschlossen sei. Nichts aber ist gewisser, als daß beides sich anders verhält.

qq) Beides ist wohl zu unterscheiden; wer z. B. Erbschaftsgeld pro herede besitzt und damit eine Sache ankauft, wird ohne Zweifel Eigenthümer derselben, aber er lucrirt sie nicht, da er mit der Erbschaftsklage auf ihre Herausgabe belangt werden kann. Fällt nachher diese Klage gegen ihn weg, so hat er nun die Sache gewonnen, aber man kann nicht sagen, daß er jetzt erst Eigenthümer derselben geworden ist.

delt, ist sonach die Separation. Von dieser nun sagen die römischen Juristen mit größter Bestimmtheit, daß sie bei den Erzeugnissen, die nicht in fructu sind, z. B. dem partus ancillae, den b. f. possessor zum Usucapionsbesitzer mache, wenn nicht ein besonderes Usucapionshinderniß entgegensteht (z. B. die gestohlne Sclavin, die bei dem bonae fidei emtor geboren hat, hätte schon vor dem Diebstahl oder wenigstens beim Dieb empfangen gehabt), bei den Früchten hingegen mache sie ihn zum Eigenthümer, und zwar nicht bloß bei den Früchten, die er durch seine Thätigkeit hervorgebracht (s. g. fructus industriales), sondern bei allen.[rr]) Die Folge dieses Eigenthumserwerbs ist, daß der Eigenthümer der Sache die Früchte nicht vindiciren kann; dieß schließt nicht aus, daß mit der Vindication der Sache selbst diese Früchte als causa rei mitgefordert werden können (§ 232), und insofern ist der Eigenthumserwerb des Besitzers etwas nominelles,[ss]) aber er erhält Realität für ihn, so wie die Eigenthumsklage auf die Sache gegen ihn wegfällt, so wenn er die Sache usucapirt, oder wenn er sie veräußert hat, in welchem Fall also die bei ihm zurückgebliebenen Früchte nicht vindicirt werden können, eben weil nicht der Eigenthümer der Sache, sondern er Eigenthümer derselben geworden ist, und darin eben liegt das praktische Interesse dieses Erwerbs.[tt]) Zugleich aber auch die Rechtfertigung des Rechtssatzes selbst; er beruht auf ähnlichen Motiven wie der Erwerb des b. f. possessor ex operis servi, mit dem jener ausdrücklich verglichen wird.[uu]) Einen solchen Besitzer, wenn er der Vindication der Sache selbst überhoben ist, erst noch wegen der davon gezogenen Früchte besonderen Vindicationen auszusetzen, und wenn ihn z. B. die heute abgelaufene Usucapionszeit über sein Eigenthum sicher stellt, wegen der gestern gemachten Ernte seine Sicherheit von dem Eigenthum seines Auctors abhängig zu machen, auch diesen also, nachdem er von der Haftung für die Eviction der Sache durch die Usucapion befreit ist, noch immer für die Früchte haften zu lassen, für solche sogar, die erst bei dem Käufer entstanden sind, und daher nicht als mitverkauft angesehen werden können,[vv]) und das bei Früchten, dem ordentlichen Gewinn, für den die Sache bestimmt ist, den der Besitzer factisch bezieht, und ein rechtmäßiger Besitzer nicht widerrechtlicher Weise, — alles dieses konnte unmöglich als die rechte und der Natur der Sache gemäße Gestaltung des Rechtsverhältnisses erscheinen, ohne daß man sich mit den Institutionen Justinian's auf den vagen,

---

rr) L. 48 D. de adqu. dom. (41, 1) L. 1 § 2 D. de pignor. (20, 1) L. 25 § 1 D. de usur. (22, 1) L. 48 § 5. 6 D. de furt. (47, 2) L. 4 § 19 D. de usurp. (41, 3): Lana ovium furtivarum, si quidem apud furem detonsa est, usucapi non potest, si vero apud bonae fidei emtorem, contra; quoniam in fructu est, nec usucapi debet, sed statim emtoris fit. Idem in agnis dicendum, si consumti sunt. Quod verum est. Die Erwähnung der Consumtion bei den Lämmern gründet sich darauf, daß die Lämmer einer Heerde (welchen gewöhnlichen Fall der Jurist voraussetzt) Früchte dieser sind, also als separirt erst bei der Ausscheidung aus der Heerde betrachtet werden können, und diese Ausscheidung pflegt durch Veräußerung oder Verzehrung zu geschehen. Der Jurist knüpft daher hier die Erwerbung nicht an ein anderes Moment als die Separation, er bestimmt diese nur anders, als bei anderen Thieren.

ss) In L. 48 pr. D. de adqu. dom. wird dieß durch den Ausdruck angedeutet: fructus — suos *interim* facit —.

tt) Bei fructus industriales kann diese Realität auch schon gegenüber der rei vindicatio auf die Sache eintreten, indem der Besitzer, so viel, als die darauf verwendeten Kosten betragen, davon zurückbehalten kann, davon spricht L. 45 D. de usur. (22, 1), wo das fructus suos facere (bei einer Schenkung unter Ehegatten) von dem Lucriren der Früchte zu verstehen ist.

uu) L. 25 § 1. 2 D. de usur. (22, 1).

vv) Vgl. L. 8. 42. 43 D. de evict. (21, 2) L. 82 § 4 D. de leg. I (30).

halben, nicht erschöpfenden Billigkeitsgrund, dem Besitzer sei der Fruchterwerb pro cultura et cura vergönnt,[ww]) zu berufen braucht.

Beschränkung des Eigenthums durch Jura in re.

CCXLIII. Das Eigenthum hat eine gewisse Stabilität und Dauer in seinem Charakter, in seiner juristischen Natur liegt nichts, was eine Veränderung in ihm veranlaßt, was zu einem Verlust, zu einer Veräußerung hinführt. Die Veranlassung zu seinem Untergang und seiner Alienation liegt nur außer ihm, sei es in einer ihm willkürlich gegebenen Bestimmung, z. B. von dem Handels- oder Gewerbsmann, die sich das Eigenthum an Sachen verschaffen, um es durch Tausch oder Fabrication in anderes umzusetzen, oder in dem Bedürfniß des Eigenthümers, das ihn Eigenthum aufzugeben nöthigt, um sich anderes, ihm jetzt unentbehrlicheres zu verschaffen, endlich in dem Bedürfniß Anderer, welches den Eigenthümer irgend wie (durch eigennützige oder uneigennützige Motive) zu bestimmen vermag, ihnen sein Eigenthum abzutreten. Wir fassen die letzten Fälle ins Auge, wo ein Bedürfniß des Eigenthümers oder eines Andern zur Veräußerung führt. Hier kann es sein, daß der Zweck schon durch eine partielle Veräußerung, nämlich durch Abtrennung eines Bestandtheils des Eigenthums und Uebertragung auf einen Andern, erreicht werden würde, eine Veräußerung, die sich als Beschränkung des Eigenthums darstellt, indem sie eine Herausnahme von Befugnissen, die im Eigenthum liegen (und wäre es auch nur die Befugniß, jeden Andern von der Einwirkung auf die Sache auszuschließen), in sich trägt. Die Möglichkeit einer solchen Beschränkung hat für das Eigenthum eine erhaltende Kraft, insofern sie die Stelle einer totalen Veräußerung vertritt, also die Fälle, wo der Eigenthümer zu der letzteren sich bestimmt findet, vermindert.

So wenn wir uns denken, daß der Eigenthümer Geld bedarf, welches er sich durch Verkauf einer Sache verschaffen könnte, wird ihm jene Möglichkeit das Mittel geben, für ein Darlehn Credit zu finden, indem er dafür seine Sache verpfändet, und dadurch dem Gläubiger das Recht einräumt, künftig im Fall der Nichtbefriedigung die Sache zu verkaufen. Dadurch entgeht der Eigenthümer für jetzt wenigstens der Nothwendigkeit, um jenes vielleicht nur vorübergehenden Bedürfnisses willen seine Sache zu verlieren, obgleich ihm freilich dieser Verlust bevorsteht, wenn es ihm nicht möglich sein sollte, seine Schuld zu rechter Zeit abzutragen. Ferner ist einem Andern, der außerdem das Eigenthum der Sache oder eines Theils derselben sich zu verschaffen suchen würde, vielleicht schon damit gedient, wenn ihm der Eigenthümer ein gewisses Nutzungsrecht überträgt und dadurch sein Eigenthum beschränkt, indem es übrigens neben jenem Recht fortdauert, ein Nutzungsrecht entweder zu Gunsten eines Grundstücks, dessen Benutzung durch diesen Gebrauch der fremden Sache, z. B. durch einen Weg, eine Wasserleitung, erleichtert und erhöht werden soll, oder zu Gunsten einer Person, deren Bedürfnisse durch die Benutzung der fremden Sache befriedigt werden. So wird also auch durch die Zulässigkeit solcher Servituten vielleicht einer Veränderung des Eigenthums vorgebeugt (vgl. Bd. I § 23 S. 33). Endlich schließen sich noch die Rechte an, die wir unter dem Namen der Superficies und des Rechts am Ager vectigalis oder der Emphyteusis kennen lernen werden, und deren Bildung theils ein Bedürfniß Anderer, theils

ww) § 35 I. de rer. div. (2, 1).

des Eigenthümers, verbunden mit dem Verlangen des letzteren, sein Eigenthum sich zu erhalten, veranlaßt hat: ein Bedürfniß Anderer, denen es um eine feste Wohnung oder den sicheren und unveränderlichen Betrieb des Landbaus zu thun ist, ohne daß ihre Absicht gerade auf das Eigenthum an dem Grundstück geht, ein Bedürfniß des Eigenthümers, dem namentlich im letzteren Fall daran liegen kann, einen erblichen, und darum bei dem dauernden Culturstand des Guts mehr als ein zeitlicher interessirten Pächter zu haben.

Die Befugnisse, von denen jetzt die Rede war, lassen sich als Inhalt einer Forderung gegen den Eigenthümer denken; hier würden sie keine Beschränkungen des Eigenthums selbst sein, da sie nur gegen die Person des Eigenthümers gerichtet wären. Aber sie würden zugleich dem Bedürfniß nicht entsprechen, da sie für den Berechtigten nicht den Grad von Sicherheit hätten, den er beabsichtigt; er würde sie nur gegen die ihm verpflichtete Person, nicht gegen einen Andern, der in das Eigenthum, ohne die Verbindlichkeit zu übernehmen, einträte, geltend machen können. Dem Bedürfniß entsprechen sie nur dann vollständig, wenn sie Beschränkungen des Eigenthums selbst sind, und dieß ist der Fall, wenn sie zum Inhalt eines Rechts an der Sache (eines dinglichen Rechts) gemacht werden. Hier ist dem Berechtigten die Sache, die ihm jenen Vortheil gewähren soll, unmittelbar unterworfen, die Ausübung und Realisirung seines Rechts ist von der Person des Eigenthümers unabhängig, wer auch künftig Eigenthümer, und wie er es geworden sein möge, er hat das Eigenthum mit dieser Beschränkung (sofern nicht ein Endigungsgrund für jenes Recht eingetreten ist) überkommen, der Berechtigte kann sein Recht gegen ihn wie gegen jeden, der seine Ausübung hindert oder stört, geltend machen.[a])

So treten neben das Eigenthum noch andere Rechte an Sachen. Diese übrigen dinglichen Rechte außer dem Eigenthum, der totalen Macht über eine Sache, lassen sich nicht anders denken, denn als partielle Unterwerfung derselben, und da das Eigenthum an sich, um seiner Totalität willen, jede Befugniß, die sich über eine Sache denken läßt, in sich trägt, als gebildet aus Elementen des Eigenthums, die, so lange jene Rechte bestehen, von dem Eigenthum abgesondert und gegen dasselbe selbständig geworden sind.[b]) Darum eben sind jene Rechte Beschränkungen des Eigenthums, Beschränkungen des Eigenthümers als Eigenthümers dieser Sache, sei es, daß er etwas dulden muß, was er als Eigenthümer außerdem verhindern könnte, oder daß er etwas nicht thun darf, was er als Eigenthümer sonst zu thun berechtigt wäre. Daraus folgt nun aber, oder es ist damit eigentlich selbst schon gesagt, daß diese Rechte nur an einer fremden Sache möglich sind. Dieß liegt in ihrem Charakter als

---

a) L. 2 C. si unus ex plur. hered. (8, 31): — cum eius (pignoris) vindicatio non personam obliget, sed rem sequatur —. L. 3 C. de servit. (3, 34): — si ea praecesserint, quae servitutes constituunt — quare non ignoratis, si priores possessores aquam duci per praedia prohibere iure non potuerint, cum eodem onere perferendae servitutis transire ad emtores eadem praedia posse.

b) Man muß sich vor dem Mißverständniß hüten, als enthalte diese „Absonderung nothwendig in sich, daß dem Eigenthümer die Handlung oder der Gebrauch der Sache, wozu ein solches Recht befugt macht, schlechterdings versagt sei; dieß liegt nicht in jenem Begriff. Es ist denn auch nur so weit der Fall, als die Theilnahme des Eigenthümers den Umfang des Rechts beeinträchtigen würde. Enthält z. B. das Recht den vollen Fruchtbezug, so kann der Eigenthümer allerdings keine Früchte von der Sache ziehen, dagegen verhindert das Recht zu gehen den Eigenthümer nicht, auch über sein Grundstück zu gehen, nur natürlich salvo iure itineris des Andern; ferner das Verkaufsrecht des Pfandgläubigers schließt nicht den Verkauf der Sache durch den Eigenthümer aus, nur geschieht er nicht anders als salvo iure pignoris.

Beschränkungen des Eigenthums, aber auch darin, daß sie aus Eigenthumselementen bestehen, die, sofern sie dem Eigenthümer zukommen, ungesonderte Bestandtheile seines Eigenthums sind, besondere Rechte also nur bilden können, wenn ein Anderer als der Eigenthümer ihr Subject ist. Man nennt daher diese Rechte iura in re (sc. aliena), ein Ausdruck, den wir als einen technischen brauchen, während die Römer dafür des allgemeinen Worts iura, und der näheren Bestimmung: ius in ea re (ius in corpore) mehr beschreibend, denn als eines festen Namens sich bedienen.[c]) Vier solche iura in re kommen im römischen Recht vor: Servitut, Superficies, Emphyteusis (Rechte am ager vectigalis), Pfandrecht. Sie bilden also mit dem Eigenthum fünf Arten der Rechte an Sachen, oder dinglichen Rechte.[d])

Ich habe die Jura in re gegenüber dem Eigenthum als partielle Unterwerfung der Sache bestimmt. Auch der Eigenthümer kann seiner Sache eine bloß partielle Bestimmung geben, die keineswegs die volle Kraft der Sache erschöpft, aber seine Macht ist doch eine totale, hier aber geht die Macht des Berechtigten nicht über eine gewisse Anwendung der Sache hinaus, auf die sie sich beschränkt. Bei den meisten ist es die Benutzung, und diese wieder mehr oder weniger eingeschränkt, welche den Inhalt des Rechts ausmacht, so bei der Servitut, der Superficies, der Emphyteusis, mit dem Unterschied, daß bei der ersten die Benutzung auf ein bestimmtes Subject bezogen ist (eine Person oder ein Grundstück), über das sie nicht hinausgeht, bei den letzteren dagegen diese Beschränkung wegfällt (daher sie veräußerliche und vererbliche Rechte sind). Eines von jenen Rechten, das Pfandrecht, hat einen ganz andern Inhalt, es soll einen Gläubiger sichern, indem es ihm die Befugniß giebt, die Sache zu verkaufen und sich aus dem Kaufpreis zu befriedigen; diese Anwendung der Sache, also ihr Verkaufswerth ist es, worüber der Berechtigte Macht erhält.

Es ist oben bemerkt worden, daß die Beschränkung, die das Eigenthum durch solche Jura in re erleidet, zugleich eine erhaltende Kraft für dasselbe hat, insofern die partielle Veräußerung, die in ihrer Bestellung liegt, die totale ersetzt, welcher der Eigenthümer sonst vielleicht nicht entgangen wäre. So ersetzen sie umgekehrt dem Berechtigten das Eigenthum, indem seinen besondern Zwecken diese partielle Macht vollkommen genügen kann. Ihrem Inhalt nach am nächsten dem Eigenthum stehen Superficies und Emphyteusis, die also am

---

c) L. 2 D. de usufr. (7, 1) L. 30 D. de nox. act. (9, 4) L. 71 § 5 D. de leg. I (30) L. 13 § 1 L. 19 pr. D. de damno inf. (39, 2). — Manche unserer Juristen brauchen das Wort iura in re für alle Rechte an Sachen, also für Eigenthum und iura in re aliena; zweckmäßiger, und in der That auch dem Ausdruck angemessener wird es auf die letzteren eingeschränkt, also stets dabei das Wort aliena hinzugedacht. Falsch ist der Ausdruck iura in *rem* für die Rechte an Sachen gebildet.

d) Für den Ausdruck: Dingliche Rechte giebt es eine doppelte Bedeutung, in der man ihn brauchen kann. Erstens für alle Rechte, die nicht in einer Forderung gegen eine bestimmte verpflichtete Person bestehen, und aus denen daher keine bloße in personam actio entspringt, also für alle Rechte außer den Obligationen; hier will man mit jenem Ausdruck nur dieß anzeigen, daß aus dem Recht eine in rem actio (dingliche Klage) entspringt, bei welcher der Beklagte nicht schon von dem Dasein des Rechts an bestimmt ist (§ 165 a. A.). Zweitens für die Rechte an Sachen, wie dieß oben geschehen ist. Eine dieser Bedeutungen muß man wählen, und die Wahl kann eigentlich nicht schwer sein, da kein Bedürfniß vorhanden ist, für die Zusammensetzung aller der verschiedenen Rechte außer den Obligationen einen technischen Ausdruck zu haben, und dieser überdieß von der Beschaffenheit ist, daß er Nebenvorstellungen erweckt, die bei manchen jener Rechte (z. B. dem ehelichen Recht, dem Recht der Persönlichkeit) deren Charakter widerstreben. Das Unzulässigste aber ist ein Hin- und Herschwanken zwischen beiden Ausdrücken, welches Viele unserer Juristen verleitet hat, die Zahl der Rechte an Sachen zu vermehren, und z. B. auch das Erbrecht als ein Recht an einer Sache zu bestimmen, eine der größten Verkehrtheiten, deren Vertheidigung schlimmer ist als ihre Erfindung.

ausgedehntesten die Eigenschaft eines Surrogats für dasselbe, nämlich für das Grundeigenthum haben (wie in dem ältesten Recht die Possessio am Ager publicus). Zunächst kommt das Pfandrecht; dem Gläubiger wird der Werth seiner Forderung in einer Sache angewiesen, es ist nicht seine Absicht, jetzt schon in dieser Sache bezahlt zu werden, aber wenn die Zeit kommt, öffnet sich ihm eine Disposition über die Totalität der Sache, indem er sie verkauft und das Eigenthum an den Käufer überträgt, um sich aus dem Preis bezahlt zu machen. Am weitesten ist der Unterschied, der sie vom Eigenthum trennt, bei den Servituten, sowohl im Vergleich mit dem Pfandrecht, indem sie nicht, wie dieses es kann, zum Verlust des Eigenthums führen, als auch im Vergleich mit Superficies und Emphyteusis (mit denen sie diese Verschiedenheit von dem Pfandrecht gemein haben), indem die Benutzung, die sie aus dem Eigenthum an sich ziehen, entweder dem Umfang oder der Dauer nach von geringerem Belang ist, als bei jenen Rechten. Diese größere oder geringere Annäherung der Iura in re an das Eigenthum hat denn auch in den Klagen, die dafür bestimmt sind, ihren Widerschein gefunden. Wie nämlich beim Eigenthum die Sache selbst (res corporalis) vindicirt wird, so auch bei Superficies, Emphyteusis, Pfandrecht, es ist eine actio in rem corporalem (vgl. § 222), nämlich die Eigenthumsklage selbst, die dem Berechtigten utiliter gegeben wird, wodurch sich diese Verhältnisse also in Beziehung auf den Schutz ganz eng an das Eigenthum anschließen.[e]) Anders bei den Servituten, die in rem actio, mit welcher diese geltend gemacht werden, ist eine von der Eigenthumsklage ganz verschiedene, sie ist eine actio in rem incorporalem, eine Vindication der Servitut (§ 222).

---

e) Dieser Umstand hat von Alters her auf die Vorstellungen unserer Juristen einen großen Einfluß geübt. Schon im Mittelalter ist die Meinung entstanden, Superficies und Emphyteusis seien nichts als besondere Arten des Eigenthums (ein dominium utile mit der utilis vindicatio, wie das Eigenthum ein directum dominium mit der directa in rem actio). Nachdem diese Vorstellung aufgehört hatte, die gewöhnliche zu sein, kam sie in einer andern Gestalt wieder zum Vorschein bei Duroi Bemerk. über actio in rem und a. in p., ius in re und oblig., Archiv für civ. Pr. (1823) VI 14. 18, der aber so weit geht, alle iura in re zu leugnen, und sie sämmtlich nur für Fälle eines über seine ursprüngliche Sphäre ausgedehnten Eigenthums zu halten. Endlich hat Büchel civilr. Erörterungen (1834) III S. 24. 56) für Superficies und Emphyteusis zwar die Eigenschaft von iura in re in Anspruch genommen, aber mit der (auch von der Klage hergenommenen) Bestimmung, daß sie in der bloßen, freilich vollständigen Ausübung fremden Eigenthums bestänen.

Fünftes Kapitel.

Von der Superficies und Emphyteuse.

CCXLIV. Wenn jemand ein Grundstück gemiethet oder gepachtet hat, so entsteht regelmäßig aus diesem Vertrag nur eine Obligatio zwischen dem Locator und Conductor, der letzte hat nur eine Forderung und persönliche Klage gegen den ersten, daß ihm dieser den verheißenen Gebrauch gewähre, ein Recht an der Sache steht ihm nicht zu, und damit auch kein Rechtsmittel gegen einen Dritten, der nicht in obligatorischem Nexus mit ihm steht. Ueber diese Gestalt der Sache ist das Jus civile nicht hinausgegangen, das prätorische Recht dagegen behandelt in gewissen Fällen den Miether oder Pächter anders, es betrachtet sein Recht als ein dingliches, und giebt ihm ein Rechtsmittel gegen jeden Verletzer, sei dieser der aus dem Contract verpflichtete, oder nicht.

Einer dieser Fälle ist die Miethe eines Gebäudes oder eines einzelnen Stockwerks desselben auf immer oder auf sehr lange Zeit, oder auch ein Kauf, bei dem das Recht des Käufers auf das Gebäude ohne den Grund (auf die superficies) beschränkt wird, so daß das Eigenthum an dem solum, und damit also auch an dem Gebäude (da dieses von dem Eigenthum am Boden nicht gesondert werden kann) nicht auf den Käufer übergehen soll; eine dritte Gestalt des Vertrags ist, daß jemanden dadurch verstattet wird, auf fremdem Grund ein Gebäude zu errichten, das ihm gehören soll, aber freilich nicht zu Eigenthum, da er nicht Eigenthümer des Bodens werden soll. Der Miethzins, welcher für den Boden entrichtet wird, und gegen den es dem Berechtigten verstattet ist, eine Superficies darauf zu haben, heißt solarium.[a]) Unter solchen Umständen schützt der Prätor den Berechtigten in dem Besitz der Superficies durch das interdictum de superficie, welches dem interdictum uti possidetis nachgebildet ist (§ 230), ja auch durch eine utilis in rem actio, analog der Eigenthumsklage.[b]) Er behält sich eine causae cognitio vor, da er nicht ge-

---

a) L. 15 D. qui pot. (20, 4) L. 16 § 2 L. 17 D. de pign. act. (13, 7) L. 2 § 17 D. ne quid in loco publ. (43, 8).

b) Dig. XLIII 18: de superficiebus. Die Stelle des Edicts lautet so: uti ex lege locationis sive conductionis (venditionis?) superficie, qua de agitur, nec vi, nec clam, nec precario alter ab altero fruimini, quo minus ita fruamini, vim fieri veto. Si qua alia actio de superficie postulabitur, causa cognita dabo. Vgl. L. 3 § 7 D. uti poss. (43, 17) L. 16 § 2 D. de pign. act. (13, 7) L. 73—75 D. de R. V. (6, 1) [L. 3 § 3 D. de O.

meint ist, jeden Miether auf diese Weise als juristischen Besitzer und dinglich Berechtigten zu behandeln,[c]) dieser Vorbehalt liegt bei dem Interdict in dem Zusatz ex lege locationis, in Beziehung auf die in rem actio ist er namentlich ausgedrückt (Note b).

Eine besondere Veranlassung zur Entstehung dieses Rechts braucht nicht gesucht zu werden, es lag in der Sitte des Volks, sich und den Seinigen auf jene Art, wenn man nicht im Stande war, Eigenthümer eines Hauses zu werden, eine feste Wohnung zu verschaffen. Aber dieses Verhältniß hatte man zugleich von der ältesten Zeit her vor Augen, um es nachher unter andern Umständen nachzuahmen. Wir haben gesehen, daß es in Rom wahrscheinlich eine Zeit gab, wo der Staat Subject alles Grundeigenthums war, die Einzelnen nur den Besitz hatten, und dieß galt ursprünglich auch von dem Territorium, auf dem die Stadt angelegt war. Wird jemanden gestattet, auf einem locus publicus ein Gebäude anzulegen, so erhält er das Recht der Superficies,[d]) und darauf ging auch die Einräumung des Aventinus für die Plebs zu Wohnsitzen durch die lex icilia de Aventino im Jahr 298 d. St.[e])

Der Superficiarius hat volle Macht über das Gebäude als superficies, so weit sie nicht durch das Rechtsgeschäft, wodurch er das Recht erhalten hat, eingeschränkt ist. Sein Recht ist zwar nur ein ius in re, denn es gehört ihm nicht das Grundstück überhaupt, sondern bloß die Superficies, aber es ist ein ius in re, vermöge dessen ihm die Superficies, so weit sie für sich betrachtet wird, vollständig unterworfen ist. Es ist auch nicht auf seine Person beschränkt, er kann es veräußern und es geht auf seine Erben über,[f]) der Prätor anerkennt Pfandrechte und Servituten, die er an der Superficies bestellt,[g]) Rechte, die nicht von der Fortdauer des Rechts des Bestellers abhängen, die also der Wechsel des Berechtigten nicht aufhebt, wohl aber der Untergang des Rechts der Superficies selbst vernichtet.[h]) Die Verbindlichkeiten des Superficiars

N. N. (39, 1) L. 9 § 4 L. 13 § 1. 8 L. 18 § 4 L. 19 L. 39 § 2 D. de damno infecto (39, 2) Degenkolb Platzrecht und Miethe, Beiträge zu ihrer Geschichte und Theorie 1867. Wächter das Superficiar oder Platzrecht, in den Abhandlungen der Mitglieder der Juristenfacultät zu Leipzig I (1868) Heft I. R.]

c) L. 1 § 3 D. de superfic.: Quod ait praetor — causa cognita — sic intelligendum est, ut si ad tempus quis superficiem conduxerit, negetur ei in rem actio. Et sane causa cognita ei, qui non ad modicum tempus conduxit superficiem, in rem actio competet.

d) L. 2 § 17 D. ne quid in loco publ. (43, 8).

e) Dionys. X 31. 32. Niebuhr röm. Gesch. II S. 339 f. Dionysius erzählt, es hätten sich auch Mehrere zusammengethan, um ein Haus gemeinschaftlich zu bauen, das sie dann nach Stockwerken unter sich getheilt hätten. Daß über diesen Punkt Nachrichten existirten, ist nicht wohl denkbar; Dionysius erklärt sich damit nur in seiner Weise eine Erscheinung, die sich ihm in Rom, namentlich in jener Gegend häufig darbot, wie sie noch jetzt in Rom, nach Niebuhr's Zeugniß, eine häufige, und auch in einigen Gegenden Deutschlands keine seltene ist. [Andere Beispiele geben die tabernae (argentariae u. s. w.) am Forum L. 32 D. de contrah. empt. (18, 1) Liv. 26, 27 Festus v. Plebeius (p. 230 Müller), ferner Huschke über Varro de R. R. I. 2 § 9 (1835) S. 53—57 und die Urkunden über den Hausbau des Wächters der Antoninussäule, erläutert von Rudorff Beitrag zur Geschichte der Superficies (Zeitschr. für gesch. R. W. XI 7) und Mommsen daselbst XV (1850) S. 335—341. Desgleichen das Decret der Decurionen von Puteoli, welches Degenkolb in der Zeitschr. für Rechtsgeschichte IV 3 (1865) S. 474—488 erläutert hat. Uebrigens blieb in Rom das superficiarische Recht auf Miethhäuser (insulae) beschränkt, bei domus haben Grund und Haus nur einen Herrn: Cic. ad Att. 4, 1. 2 L. 2 D. h. t. L. 91 § 6 D. de legat. 3 (32). Analoge Verhältnisse kommen in den Provinzen vor: lex agr. v. 92. R.]

f) L. 1 § 7 D. de superf. (43, 18) L. 11 D. fam. ercisc. (10, 2) L. 86 § 4 D. de leg. I (30).

g) L. 1 § 6. 9 D. de superf. (43, 18) L. 13 § 3 D. de pignor. (20, 1).

h) So daher, wenn das Recht an den Eigenthümer zurückkehrt, oder wenn das Gebäude völlig zerstört wird.

gegenüber dem Eigenthümer bestimmt das Rechtsgeschäft, durch welches das Recht entstanden ist.

Daß der Prätor als Voraussetzung der in rem actio außer dem Rechtsgeschäft, welches er seiner causae cognitio unterwirft, auch noch eine Tradition der Superficies von dem Eigenthümer an den Miether oder Käufer gefordert habe, davon kommt keine Spur vor. Nur wenn der Superficiar des Beweises, daß sein Besteller Eigenthümer war, überhoben sein, also von der Publiciana Gebrauch machen will, wird eine Tradition vorausgesetzt.[i]) Dagegen wird man die Tradition bei der Veräußerung eines schon bestehenden superficiarischen Rechts wie beim Eigenthum angewendet haben.[k]) In dieser Richtung (zur Ergänzung einer solchen Alienation) ließe sich auch eine Ersitzung denken, einer ursprünglichen Entstehung des Rechts auf diesem Wege widerspricht sein Zusammenhang mit einem obligatorischen Nexus zwischen dem Eigenthümer und dem Superficiarius.[l])

CCXLV. Der zweite Fall eines aus obligatorischen Verhältnissen hervorgegangenen ius in re findet sich bei den agri vectigales, denen später die Emphyteusen sich anschließen.

Agri vectigales heißen überhaupt Grundstücke, die einer Abgabe an den Staat oder an eine öffentliche Corporation unterworfen sind.[a]) Dem Vectigal ist vor allem unterworfen der ager publicus populi romani, sofern er im Genuß Einzelner steht, obwohl erst allmählich der Staat von diesem Recht einen umfassenden Gebrauch machte.[b]) Dieß geschah, als die Staatsbedürfnisse sich vermehrten, und zugleich die Eroberungen in großen von dem römischen Volk eingezogenen Landstrichen ein Mittel sie zu decken darboten. Soweit diese Ländereien nicht für die Dotation von Colonien in Anspruch genommen waren, wurden sie, namentlich die verödeten (und das waren sie in Folge des Kriegs größtentheils), solchen, die Lust dazu hatten und sie occupirten, einstweilen zum Besitz überlassen gegen einen Zehnten der Früchte (beim Ackerland, vom Baum-

---

i) L. 12 § 2. 3 D. de publ. act. (6, 2).

k) Vgl. L. 1 § 7 D. de superfic. (43, 18).

l) Ulpian L. 26 D. de usurp. (41, 3): nunquam superficies sine solo capi longo tempore potest (vgl. L. 25 eod.) spricht von der Usucapion des Eigenthums (Savigny Recht des Bes. § 22 S. 303 Not. und nach ihm Büchel Erörterungen I 3 S. 68). Von eigentlicher Usucapion des Rechts der Superficies konnte ohnehin nicht die Rede sein, noch weniger als bei Servituten, da jenes Recht nicht dem Jus civile angehört. Im justinianischen Recht ist statt Usucapion ein auf die longi temporis possessio bezüglicher Ausdruck gebraucht, und obgleich auch hier der Sinn der Stelle zunächst auf das Eigenthum geht, so wäre sie doch sehr leicht einer Mißdeutung ausgesetzt gewesen, wenn der Gesetzgeber die Möglichkeit einer Ersitzung des Rechts der Superficies daneben hätte zugestehen wollen.

a) Diese Abgabe heißt vectigal, denn so wird überhaupt jede genannt, die von einem bestimmten, derselben unterworfenen Gegenstand entrichtet werden muß, im Gegensatz zu einer der Person oder ihrem gesammten Vermögen auferlegten, wohin das tributum, stipendium, aes equestre, aes hordiarium gehört Festus: Vectigal aes appellatur, quod *praeter* (pt. so ist entschieden mit Huschke, Verf. des Servius S. 371 statt ob zu lesen) tributum et equestre et *hordiarium* (mit Walter und Müller statt ordinarium) populo debetur, cf. Müller ad. h. l. — also alles außer den genannten heißt vectigal. So wird daher z. B. auch die vicesima hereditatum, die Abgabe von Auctionen ꝛc. bezeichnet. Die mit vectigal bezeichneten Abgaben sind es, die an Publicani verpachtet zu werden pflegten.

b) Die scriptura, die Abgabe für die Benutzung der öffentlichen Weiden (pascua), war lange Zeit das einzige Vectigal, und daher wurden noch später alle Besitzungen, von denen der Staat eine Abgabe bezog, in den censorischen Büchern unter der Rubrik pascua aufgeführt Plin. hist. nat. XVIII 3, vgl. Festus v. scripturarius ager.

land betrug die Abgabe ein Fünftel des Ertrags) neben dem Hutgeld (Note b).[c]) In den Provinzen kamen zu diesen agri vectigales noch solche ganz anderer Art. Dort nämlich wurden dem Vectigal nicht bloß die eigentlichen agri publici unterworfen, sondern auch die agri privati, so daß gewissermaßen der gesammte Provincialboden wie Staatseigenthum behandelt wurde (Bd. I § 68). Von diesen agri vectigales, deren Besitzer Eigenthümer waren, soweit überall ein Eigenthum an Provinzialgrundstücken angenommen wurde, ist hier nicht die Rede.[d])

Die Ueberlassung des ager publicus an Einzelne zum Genuß gegen ein Vectigal hatte eine Verpachtung dieser Abgabe an Publicani zur Folge, die von fünf zu fünf Jahren geschah,[e]) zuweilen wurde aber auch beides verbunden, indem ein ganzer Distrikt (auf hundert Jahre) einem Manceps[f]) überlassen wurde, der ihn sodann parcellirte und im Einzelnen weiter verpachtete. Ein solcher Manceps hatte dann die doppelte Qualität eines Pächters des ager vectigalis und des Vectigal selbst, und ein ähnliches Verhältniß trat ein, wenn ein solcher District einer städtischen Commune, an deren Territorium er grenzte, gegen die Entrichtung einer fixirten Abgabe an den Staat aus der Stadtcasse überlassen wurde. Aber auch ohne Abgabe geschahen solche Abtretungen an die Gemeinden.[g]) So kamen agri vectigales in den Besitz der Städte, der sich nach und nach in Eigenthum verwandelte. Die Ländereien der städtischen Communen waren theils agri vectigales theils agri non vectigales, städtisches Eigenthum, das nicht aus dem ager publicus populi romani gekommen war. Ihnen wurde die Bestimmung, in dem fortwährenden Genuß Einzelner zu stehen, gelassen, sie wurden auf immer verpachtet, nur unter der Bedingung exacter Entrichtung der Abgabe an die Commune, bei diesen war Zeitpacht üblicher.[h]) Auch bei dem Grundbesitz der sacerdotes und virgines vestales kommen agri vectigales vor, die gewöhnlich auf fünf Jahre, zuweilen auch auf ein Jahr verpachtet wurden.[i])

Den Pächtern öffentlicher Grundstücke und damit auch der agri vectigales gab der Prätor ein Interdict zum Schutz gegen jede widerrechtliche Störung,[k]) es geschah im öffentlichen Interesse selbst, das bei der Sicherheit der Pächter nur gewinnen konnte.[l]) Ja bei den agri vectigales ging er noch weiter, indem er dem Pächter eine utilis in rem actio verlieh gegen jeden Besitzer, auch gegen

---

c) Appian. bell. civ. I 7. Sic. Flaccus p. 136, 20—137, 4 Lachm.

d) Von ihnen spricht Hygin. p. 204, 16.

e) Diese Verpachtung des Vectigal ist also nicht zu verwechseln mit der Verpachtung des ager, man konnte sie in einem gewissen Sinn auch als Verpachtung der agri vectigales bezeichnen, und dann lag die Verwechslung sehr nahe.

f) Paul. ex Festo: Manceps dicitur, qui quid a populo emit conducitve, quia manu sublata significat se auctorem emtionis esse, qui idem praes dicitur, quia tam debet praestare populo, quod promisit, quam is, qui pro eo praes factus est.

g) Hygin. p. 116, 5 sq. Sic. Flacc. p. 163, 5 Lachm. [Vgl. Degenkolb Platzrecht S. 238.]

h) So entstand der Sprachgebrauch, agri vectigales und non vectigales nach dieser Verpachtungsweise zu unterscheiden. Paul. L. 1 pr. D. si ager vectigalis (6, 3): Agri civitatum alii vectigales vocantur, alii non vectigales. Vectigales vocantur, qui in perpetuum locantur — —. Non vectigales sunt, qui ita colendi dantur, ut privatim agros nostros colendos dare solemus.

i) Hygin. p. 117, 5—11.

k) Lex agr. c. 42 v. 85—89 lex iulia municipalis (tab. heracl.) lin. 73—76. Dig. XLIII 9: de loco publico fruendo. Vgl. § 227 Note c. d.

l) L. 1 § 1 eod.: Interdictum hoc publicae utilitatis causa proponi palam est, tuetur enim vectigalia publica, dum prohibetur quis vim facere ei, qui id fruendum conduxit.

den Verpächter selbst, doch setzt sie in dem letzten Fall voraus, daß der Kläger nicht die Entrichtung des Vectigal versäumt hat,[m]) und auch diese Klage ist nicht auf den Fall beschränkt, wo die Verpachtung auf immer geschehen ist.[n]) Das Recht des Pächters ist daher von dem Prätor als ein ius in re anerkannt (§ 243 Note c), und zwar als ein veräußerliches und vererbliches; überdem wird einem solchen Pächter der juristische Besitz der Sache selbst (nicht bloß ein Quasibesitz) zuerkannt, und damit das Recht des Fruchterwerbs im Augenblick der Separation (§ 242).[o]) Im Fall einer Verpachtung auf immer stellt sich das Recht des Pächters äußerlich dem Eigenthum so ähnlich dar (zwar nicht dem rechten römischen, denn dieses vertrug sich nicht mit der Auflage eines Vectigal, aber dem an dem ager privatus in den Provinzen, welches ja auch dem Vectigal unterworfen war, und bei dem die Bezeichnung ager vectigalis ebenfalls vorkam), daß die Frage entstehen konnte, ob der Contract nicht als ein Verkauf, d. h. das Recht des Besitzers nicht als Eigenthum zu betrachten sei.[p])

In den kaiserlichen Gesetzen seit Constantin kommen die agri vectigales nicht mehr vor, dieß gilt aber nur von dem Wort, denn die Sache: die Verpachtung von Grundstücken der Städte, der religiösen Corporationen zu jenem Recht hat fortgedauert, eine gleiche Verpachtung ist bei fiscalischen und kaiserlichen Grundstücken hinzugekommen.[q]) Der Zins des Pächters heißt zum Theil noch vectigal,[r]) gewöhnlich aber canon oder pensio. In Beziehung auf die kaiserlichen Güter, die auf diese Weise ausgethan sind, werden unterschieden

---

m) L. 1 § 1 L. 2 D. si ager vectig. (6, 3).

n) L. 3 D. eod. Die Klage heißt auch actio vectigalis L. 15 § 26 D. de damno inf. (39, 2).

o) L. 25 § 1 D. de usur. (22, 1). Auch in Beziehung auf die Befreiung von processualischen Satisdationen wird der Besitzer eines ager vectigalis einem Grundeigenthümer gleich behandelt L. 15 § 1 D. qui satisd. cog. (2, 8).

p) Gai. III 145. Gaius entscheidet dagegen, eben so Paulus L. 1 § 1 D. si ager vect. (6, 3): — quamvis non efficiantur domini — Ulpian L. 71 § 5. 6 D. de leg. I (30): — si — fundum vectigalem legaverit, non videri proprietatem rei legatam, sed id ius, quod in vectigalibus fundis habemus und Andere. Wie sehr übrigens in der Vorstellung des Volks der Gedanke eines Rechts an einer fremden Sache zurücktrat, zeigt sich in einer Erzählung des Plinius (epist. VII 18): er habe 500 000 Sesterze seiner Vaterstadt zu einer Alimentenstiftung verheißen gehabt. Statt das Geld zu geben, um es gegen 30 000 jährliche Zinsen ausleihen zu lassen, habe er der Stadt ein Landgut von weit höherem Werth geschenkt, und dieses dann mit Auflage eines Vectigal von 30 000 Sesterzen zurückgenommen. Dieses Vectigal sei dem wirklichen Werth des Guts gegenüber so gering, daß das Gut stets einen Eigenthümer finden werde, und die Revenue der Stadt für immer gesichert sei. Freilich habe er, Plinius, nun eigentlich mehr als den Nominalbetrag der Pollicitation gegeben, da er für sein Gut, wenn er es verkaufe, doch nicht den reinen Ueberschuß seines Werths über die 500 000 S. erhalten werde, dagegen sei nun aber seine Absicht sicher erreicht. — Er denkt nicht daran, daß das Gut aufgehört hat, ihm eigenthümlich anzugehören, er sieht sich und seinen etwaigen Successor noch immer als „dominus" an, nur daß sein „Eigenthum" durch die darauf gelegte Abgabe auch über den Betrag ihrer Capitalsumme hinaus um der necessitas vectigalis willen am Werth gemindert sei. [Der Verzicht des Eigenthümers auf die Kündigung, so lange das Vectigal gezahlt wird, verwandelt das Besitzrecht (habere, possidere, frui, defendere) des Possessor factisch in ein erbliches Eigenthum (heredium), und wirkt also ungefähr wie der Verzicht des Staats auf Einlösung der verpfändeten trientabula: lex agr. v. 31. 32 Liv. XXXI 13. R.]

q) Cod. Theod. X 3: de locatione fundorum iuris emphyteutici et rei publicae et templorum. Cod. Theod. V 13. 14 (durch Peyron hinzugekommen) Cod. Iust. XI 62: de fundis patrimonialibus et saltuensibus et emphyteuticis et eorum conductoribus. XI 71: de locatione praediorum civilium vel fiscalium sive templorum sive rei privatae vel dominicae.

r) L. 15 C. Th. 5, 13. Das Wort ist indessen mehr eine Bezeichnung der Abgaben überhaupt, als ein besonderer Ausdruck für jenen Pachtzins L. 14. 17 eod.

fundi emphyteuticarii (oder iuris emphyteutici), fundi patrimoniales (oder patrimonialis iuris), fundi rei privatae.[s]) Sie unterscheiden sich zum Theil in Beziehung auf die Administration, der sie unterworfen sind, zum Theil durch gewisse Vorrechte (Freiheit von gewissen Lasten), die ihnen anhängen.[t]) Bei den beiden letzteren kommt eine Verpachtung auf Zeit und auf immer vor, im letzten Fall heißen sie fundi perpetuarii, und perpetuarii heißen auch die Besitzer.[u]) Die praedia emphyteuticaria sind stets zu einem ius perpetuarium gegen einen Canon verliehen, wahrscheinlich waren es ursprünglich öde Ländereien, die auf diese Art nutzbar gemacht und der Cultur überliefert werden sollten (wie dieß auch bei den agri vectigales der Fall gewesen war, Note c), und die davon den Namen erhalten hatten, der zuerst in einer Stelle Ulpian's vorkommt.[v]). Nachher aber wurde das Recht eines jeden Erbpächters oder Perpetuarius ius emphyteuticum genannt, von welcher Art das Gut sein mochte, auch bei fundi patrimoniales, ferner bei den städtischen Gütern,[w]) den kirchlichen, ja sogar auch bei Privatgütern, deren Eigenthümer sie auf diese Weise austhaten. So wird namentlich in der justinianischen Gesetzgebung durch ius emphyteuticum ohne Rücksicht auf die sonstige Beschaffenheit der Güter ein besonderes Rechtsverhältniß bezeichnet, auf welches die Rechtssätze von dem früheren Recht am ager vectigalis angewendet werden.[x])

Das frühere Bedenken beim ager vectigalis, ob der Besitzer nicht als Eigenthümer zu betrachten sei (Note p), entstand auch für die Emphyteusis. Zeno entschied es dahin, daß das emphyteutische Recht weder als ein bloßer Pacht, noch als eine Alienation behandelt werden dürfe, sondern als ein drittes, d. h. weder als ein bloß persönliches Recht, noch als Eigenthum, sondern als ein ius in re.[y]) Zugleich verwies er wegen der Einzelheiten des Rechtsverhältnisses auf die Verträge zwischen dem Eigenthümer und dem Berechtigten (emphyteuticarius oder emphyteuta), die aber, wenn etwas von der Regel abweichendes dadurch festgesetzt werden soll, schriftlich errichtet werden müssen.[z])

---

s) Vgl. Jac. Gothofred. ad Cod. Theod. X 3 paratitl. Aus den neuentdeckten Constitutionen sind noch zu vergleichen L. 17. 19. 20. 21. 31 C. Th. 5, 13.

t) L. 9. 10 C. de fund. patrim. (11, 62) L. 1. 3. 9. 12. 20 C. Th. de extrao. mun. (11, 16).

u) L. 20 C. Th. eod. L. 33 C. Th. 5, 13 L. 1 C. I. de loc. praed. civ. (11, 71). Fundi patrimoniales können besessen werden privato iure salvo canone (dieß ist eben das ius perpetuarium) L. 9. 10 de fund. patrim. (11, 62) L. 30. 34 C. Th. 5, 13, oder ademto canone (zu Eigenthum) L. 14 C. de fund. patrim. L. 19 C. Th. 5, 13.

v) L. 3 § 4 D. de rebus eor. (27, 9). Diocletian L. 13 C. de praed. minor. (5, 71) stellt vectigale, patrimoniale und emphyteuticum praedium abgesondert neben einander.

w) L. 33 C. Th. 5, 13: Ius emphyteuticum, quo iuris patrimonialis vel reipublicae praedia possessoribus sunt adiudicata perpetuariis — L. 39 eod.: possessores vel emphyteuticarii patrimoniales.

x) Cod. IV 66: de iure emphyteutico. § 3 I. de locat. (3, 24) Dig. VI 3: si ager vectigalis (id est emphyteuticarius) petatur. Die Parenthese ist ein Zusatz der Compilatoren zu der übrigens aus den Juristen genommenen Rubrik. [Wenn sie nicht vielmehr ein nothwendiger Zusatz war, nicht um die Vindication des ager vectigalis von der Vindication der emphyteusis zu unterscheiden — denn zwischen beiden bestand nur ein Wortunterschied — sondern um die actio vectigalis für die Emphyteuse der Vindication der agri stipendiarii und tributarii entgegenzusetzen, welche ebenfalls vectigales genannt wurden. Auf diese Erklärung führen die Erörterungen der Commentatoren zu der betreffenden Stelle des Edicts Ulp. lib. 17 ad edictum L. 17 D. de verb. sign. (50, 16). R.]

y) L. 1 C. de iure emphyt. (4, 66).

z) Der Kaiser entscheidet für den Fall, daß die Verträge nichts darüber enthalten, auch gleich die Frage, wer einen das Gut treffenden Zufall trage: wenn nicht das Gut gänzlich zerstört wird, der Emphyteuta, so daß er seiner Verbindlichkeit dadurch nicht entledigt wird.

Die Hauptverbindlichkeit des Emphyteuta besteht in der Entrichtung des jährlichen Canon an den Eigenthümer, und der öffentlichen Abgaben, wenn das Gut solchen unterworfen ist. Versäumt er diese Pflichten drei Jahre lang, so hat der Eigenthümer das Privationsrecht, er kann jenen, wenn er will, seines Rechts entsetzen, ohne daß der Emphyteuta seine Verbesserungen des Guts (ἐμπονήματα) ersetzt verlangen kann.[aa]) Die Veräußerung seines Rechts ist dem Emphyteuta gestattet, nur unbeschadet jener Ansprüche des Eigenthümers, daher kann er die Emphyteuse nicht einseitig derelinquiren,[bb]) wohl aber so veräußern, daß ein Anderer in seine Verbindlichkeiten eintritt.[cc]) Geschieht es gegen einen Preis, den er regelmäßig nur zu erwarten hat, wenn das Gut während des emphyteutischen Rechts verbessert worden ist, so muß er dem Eigenthümer Anzeige davon machen, der das Recht hat, statt des Käufers um denselben Preis einzutreten. Macht der Eigenthümer von diesem Vorkaufsrecht innerhalb zwei Monaten keinen Gebrauch, so ist er verpflichtet, den neuen Emphyteuta anzunehmen und darüber einen öffentlichen Act aufnehmen zu lassen, wofür er eine Gebühr ansetzen kann, die aber den funfzigsten Theil des Preises nicht übersteigen soll. Auch wegen Verletzung dieser Pflichten kann die Privation eintreten.[dd])

Bei diesen Bestimmungen darf nicht aus den Augen verloren werden, wie die Gesetzgeber als den gewöhnlichen Fall voraussetzen, daß der Canon mit Hinzurechnung der öffentlichen Abgaben eine Höhe erreicht, welche den Contract für den Emphyteuta so wenig, als für den Dominus als einen lucrativen erscheinen läßt; der Vortheil, den der Emphyteuta durch den Erwerb des Rechts erhält, ist ordentlicher Weise kein anderer als der einer Gelegenheit der Arbeit, die ihm den Gewinn erst verschaffen muß. Darum wird der Verkauf der Emphyteuse von seiner Seite als ein Verkauf der Meliorationen dargestellt,[ee]) für das Gut in dem Zustand, wie es zur Zeit der Bestimmung des Canon war, wird er keinen Käufer finden. Anders pflegte sich die Sache bei kirchlichen Emphyteusen zu verhalten, die Kirchenobern machten von dem Umstand, daß die Kirchengüter von manchen öffentlichen Lasten frei waren, gewöhnlich nicht den Gebrauch, den Canon um so höher anzusetzen, auch mögen sie überhaupt billiger und weniger finanziell bei ihren Contracten verfahren haben, so daß schon der Besitz einer kirchlichen Emphyteuse als ein reiner Vortheil gelten konnte, was er sonst gewöhnlich nicht war. Daraus erklärt sich die besondere Pflicht, die dem kirchlichen Emphyteuta auferlegt wird, das Grundstück in gutem Stand zu erhalten, so daß er wegen Deterioration entsetzt werden kann; auch soll hier die Privation schon dann eintreten können, wenn er nur zwei Jahre mit dem Canon im Rückstand geblieben ist.[ff])

Der Emphyteuta hat dieselben Rechtsmittel, wie der Pächter des ager vectigalis. Bei der in rem actio, die ihm aus seinem Recht zusteht, hat er diesen Grund der Klage, sofern er ihm verneint wird, zu beweisen, und zwar

---

aa) L. 2 C. eod. Diese Entsetzung ist von der einfachen locatio et conductio herübergenommen, nur daß sie da schon nach zwei Jahren stattfindet L. 54 § 1 L. 56 D. locati (19, 2).

bb) L. 32 C. Th. 5, 13 L. 3 C. de fund. patrim. (11, 62).

cc) L. 1 C. eod.

dd) L. 3 C. de iure emphyt. (4, 66). Jene Gebühr hat im Mittelalter den Namen laudemium erhalten.

ee) L. 3 C. de iure emphyt. (4, 66).

ff) Nov. 7 c. 3 § 2 Nov. 120 c. 8. Bei den Kirchen entstand auch ein emphyteutisches Recht, welches nicht auf immer, sondern auf Zeit gegeben wurde.

liegt darin zweierlei: 1) daß die Sache dem emphyteutischen Recht unterworfen, 2) daß er das Subject dieses Rechts sei. Das erste wird bewiesen durch das Rechtsgeschäft, wodurch die Emphyteuse und zwar vom Eigenthümer, bestellt worden, das zweite (wenn der Kläger nicht der erste Erwerber ist) durch den Rechtsgrund, durch den sie von dem früheren Emphyteuta auf ihn übergegangen ist. Ist er durch Tradition bona fide in den Besitz gekommen, so hat er die publiciana actio, wobei also das emphyteutische Recht seines Vorgängers, und eben so das Eigenthum des Bestellers der Emphyteuse nicht bewiesen zu werden braucht,[gg] und mit welcher der Kläger gegen den, der weder Eigenthümer ist, noch sein Recht an der Sache von dem Eigenthümer erhalten hat, zum Ziele kommt. Es fragt sich nun, ob nicht auch hier das Institut der Ersitzung, um eine mangelhafte Erwerbung zu ergänzen und den Beweis zu erleichtern, eingeführt sei.[hh] Die Gesetze schweigen fast gänzlich darüber; dieß deutet an, daß die Frage unpraktisch war, und so ist es auch. Bei dem oben bemerkten Verhältniß des Werths der Emphyteusen zu den darauf ruhenden Abgaben war es für die Eigenthümer regelmäßig nicht von Interesse, einen Besitzer, der diese ordentlich abführte, zu vertreiben,[ii] die Frage konnte nur entstehen, wenn der Besitzer den Werth des Guts durch Meliorationen erhöht hatte, aber diese mußte ihm, wenn er nicht in mala fide war, der Eigenthümer ersetzen, der also auch hier keinen Gewinn von der Vertreibung des Besitzers hatte, wenn die Justiz gegen ihn gehörig verwaltet wurde. Ja für den Hauptfall solcher Meliorationen, wenn es nämlich ödes Land gewesen war, das jemand als Emphyteuta in Besitz genommen und cultivirt hatte, war ausgesprochen, daß ihn schon die Cultur zum Emphyteuta machen sollte,[kk] und dadurch die Ersitzung unnöthig gemacht. Doch fand sich Anastasius bei Gelegenheit seines Gesetzes über die Klagverjährung (§ 208 Note w) veranlaßt, zu verordnen, daß der Besitzer eines kaiserlichen, kirchlichen oder städtischen Guts, auch eines emphyteutischen, durch einen ununterbrochenen Besitz von vierzig Jahren mit Entrichtung des Canon sicher sein solle gegen die Vindication des Eigenthümers, ja daß ihm das fragliche Recht an dem Gut (also auch das emphyteutische) dadurch erworben sei.[ll] Diese Sicherung soll der Besitzer ohne Zweifel auch gegen die Ansprüche eines Andern haben, der sich selbst das emphyteutische Recht zuschreibt, ja wir müssen annehmen, daß wie der in rem actio die praescriptio longi temporis entgegen steht, so auch der utilis in rem actio des Emphyteuta, ein iustum initium des Besitzes vorausgesetzt.

---

gg) L. 12 § 2 D. de publ. act. (6, 2).

hh) Unter unsern Juristen ist dieß sehr bestritten, vgl. Unterholzner Verjährungslehre II S. 249 ff.

ii) Für ein Recht, bei dem man sich veranlaßt fand, die Dereliction zu verbieten (Note bb), konnte das Institut der Ersitzung unmöglich einen praktischen Werth haben.

kk) L. 30 C. Th. 5, 13 L. 7 C. de omni agro deserto (11, 59).

ll) L. 14 C. de fundis patrim. (11, 62). Auch die Freiheit vom Canon kann auf diese Weise erworben werden.

Sechstes Kapitel.

Von dem Pfandrecht.*)

Allgemeine Natur des Pfandrechts.

CCXLVI. Das Eigenthum giebt uns durch seine Veräußerlichkeit das Mittel, unser Bedürfniß anderer Gegenstände zu befriedigen, indem wir unsere Sachen gegen diese umtauschen. Noch ein anderer Weg ist aber gegeben, zu jenem Zweck zu gelangen, ohne unsere Sachen, die wir vielleicht nicht entbehren können, aufzugeben, er besteht darin, daß wir die uns nöthigen Gegenstände auf Credit nehmen. Auch diesen Weg öffnet das Eigenthum, indem es uns durch die Sicherheit, die es dem Creditgeber verleiht, Credit finden läßt. Betrachten wir die Sache umgekehrt von Seiten des Creditgebers, so ist kein Recht so leicht einer Verletzung ausgesetzt, als eine Forderung, deren Realisirung auf der Willfährigkeit und dem Leistungsvermögen einer Person, des Schuldners, beruht, bei keinem Recht ist daher eine Sicherung so wichtig, als bei diesem. Viel wird dabei von der Einrichtung einer schnellen und strengen richterlichen Hülfe gegen den säumigen, Ausflüchte suchenden, ja wohl gar ableugnenden Schuldner abhängen, und wir werden bei den Obligationen sehen, wie die Römer, namentlich durch die gerichtliche Behandlung der stricti iuris obligationes dafür gesorgt haben, wie denn auch schon im Proceß ihre strenge Executionsordnung gegen den verurtheilten Schuldner vorgekommen ist. Aber das, wovon zuletzt doch alles abhängt, ist, daß der Schuldner den geschuldeten Werth in seinem Vermögen habe.[a]) Sein Eigenthum also ist es, welches den

*) [Die neueste und vorzüglichste Erörterung dieses Gegenstandes ist von H. Dernburg das Pfandrecht nach den Grundsätzen des heutigen Römischen Rechts 2 Bde. 1860. 1864. R.]

a) Darauf reduciren sich am Ende auch die anderen Sicherungsmittel für eine Forderung, so die Sicherung durch Bürgschaft und sonstige Intercession anderer Personen für den Schuldner, denn abgesehen davon, daß hier neben den einen doch nur wieder ein anderer Credit tritt, bei dem dieselbe Frage wieder entsteht, wird ein Schuldner ohne (gegenwärtiges oder zu erwartendes) Vermögen auch keinen Bürgen finden, wenn wir den außer aller Berechnung liegenden Fall einer schenkungsweisen Verbürgung wegdenken. [Die Bürgschaft ist älter als das Pfand (L. 7 D. de stip. praet. (46, 5) L. 3 § 1 D. si cui plus (35, 3) L. 14 § 1 D. de pec. const. (13, 5) (cum utilitas pignorum irrepserit), sie enthält ein Nachbarzeugniß über Solvenz und Tüchtigkeit des Hauptschuldners, welches der Bürge durch das eigene Vertrauen bekräftigt, und setzt daher primitive Corporationsverbände voraus, mit deren Lösung der Schuldner auf das eigene Vermögen reducirt wird, vgl. Dernburg Pfandrecht I S. 3—5. R.]

Gläubiger sicher stellt, soll nun diese Sicherung eine bestimmte Rechtsform annehmen, so kann dieß nur dadurch geschehen, daß man dem Gläubiger den von ihm creditirten und ihm geschuldeten Werth in einem Gut anweist, aus dem er denselben (durch Verwerthung) zu erholen berechtigt wird, wenn der Schuldner ihn nicht befriedigt. Der Act, wodurch dieß geschieht, heißt Verpfändung, obligatio rei oder pignoris,[b]) die Sache haftet dem Gläubiger für seine Forderung, sie ist sein Pfand, pignus, das Recht, das der Gläubiger durch die Verpfändung erhält, ist das Pfandrecht.[c])

Den allgemeinen Inhalt des Pfandrechts bestimmen wir so: es wird dem Gläubiger ein Gut angewiesen, durch dessen Verwerthung er seine Befriedigung, wenn sie nicht von dem Schuldner erfolgt, finden soll. Bei dem Pfandrecht sind zwei Seiten seiner Existenz ins Auge zu fassen: einmal, es steht in der engsten Beziehung zu einer Forderung, die dadurch gesichert werden soll, ohne diese ist ein Pfandrecht nicht zu denken, es ist eine Accession der Forderung, und der Pfandberechtigte muß zugleich der Gläubiger sein (daher er Pfandgläubiger genannt wird.[d]) Auf der andern Seite aber ist das Pfandrecht doch ein besonderes Recht, es muß mehr darin liegen, als schon in der Forderung selbst liegt. Welches ist nun dieser besondere Inhalt des Pfandrechts?

Hier ist es für die erste Entstehung und Gestaltung des Pfandrechts wesentlich, auf das älteste Executionsrecht zurückzugehen (Bd. I § 179). Die bloße Forderung gab dem Gläubiger ursprünglich nicht das Recht, seine Befriedigung unmittelbar aus dem Vermögen des Schuldners zu suchen, er hatte nur das Zwangsmittel der persönlichen Execution in der Hand, seine Befriedigung hing von dem Willen des Schuldners ab, der denn freilich der Regel nach nicht unterließ, die Schuldknechtschaft durch Bezahlung seiner Schuld, wenn er Eigenthum hatte, zu vermeiden, in dessen Willen aber dieses doch gestellt war, und der, wenn er hartnäckig war oder etwa auf Kosten seiner Freiheit den Seinigen seine Güter erhalten wollte, nicht direct zur Befriedigung gezwungen werden konnte. Damals war also schon dieß ein besonderer Inhalt des Pfandrechts, daß der Gläubiger dadurch das Recht erhielt, in einem Gut des Schuldners unmittelbar seine Befriedigung zu suchen.

Dieß veränderte sich, als der Prätor Rutilius eine Vermögensexecution eingeführt hatte (§ 179). Von da konnte die Befugniß, aus Gütern des Schuldners sich zu befriedigen, nicht mehr den besondern Inhalt des Pfandrechts bilden, da sie schon in der Forderung selbst lag; das Pfandrecht mußte noch eine andere Bedeutung und Kraft haben, um als ein besonderes Recht denkbar zu sein, und diese hat es denn auch.

---

b) In ähnlicher Weise hatte das althochdeutsche Wetti, Verpflichtung, auch die specielle Bedeutung von Pfand; Grimm deutsche Rechtsalterth. S. 601. 618. [Der Ausdruck obligatio rei hat in der Lehre vom Pfandrecht zu großer Verwirrung Anlaß gegeben, während das Pfandrecht den Uebergang aus der Obligatio in das dingliche Recht, also aus dem Personalcredit in den Realcredit voraussetzt, hat man umgekehrt in demselben die Uebertragung der Obligation von der Person auf die Sache, also die leblose Natur zu finden geglaubt. In der That bezeichnet obligatio rei nur den Gegensatz der alienatio im engern Sinn, die Eingabe oder den Versatz bis nach getilgter Schuld, also auf Rückgabe oder bis zu jenem Endtermin im Gegensatz der definitiven Entäußerung, welche der Verkauf enthält, den man aber durch die Verpfändung zu vermeiden sucht. R.]

c) Das Wort pignus wird von den römischen Juristen je nach Bedürfniß für Pfandrecht, Pfand und Verpfändung gebraucht, Bedeutungen, die nicht selten der Natur der Sache nach in der Rede zusammenlaufen.

d) Dagegen ist es nicht wesentlich, daß der Verpfänder zugleich der Schuldner sei, auch für eine fremde Schuld kann man verpfänden; nur ist natürlich jenes der gewöhnliche Fall, daher die Römer für den Verpfänder schlechtweg den Ausdruck debitor brauchen.

Die Vortheile, die das Pfandrecht dem Gläubiger gewährt oder gewähren kann, und die der Pfandgläubiger vor dem bloßen (chirographarischen) Gläubiger voraus hat, sind in der Hauptsache folgende:

1) Dem Gläubiger ist dadurch ein leichterer und bequemerer Weg der Befriedigung geöffnet, als durch das allgemeine Recht auf die rutilische missio in bona; er bedarf dazu nicht der Mitwirkung der Obrigkeit, und durch besondere Verabredungen kann ihm der Weg der Befriedigung noch mehr, als dieß schon dem Recht nach der Fall ist, geebnet werden; ist er nicht im Besitz des Pfands, so sind ihm besondere, von der Schuldklage unabhängige Rechtsmittel gegeben, um sich denselben zu verschaffen. Noch viel bedeutender aber sind folgende Vortheile.

2) Die Trennung des verpfändeten Gutes aus dem Vermögen des Schuldners ist entweder unmöglich oder wenigstens für den Gläubiger unschädlich gemacht, und dadurch diesem ein Befriedigungsobject gesichert, auf das er vermöge jener allgemeinen, schon in der Forderung liegenden Befugniß, an die Güter sich zu halten, vielleicht keinen Anspruch gehabt hätte, wenn es nämlich zur Zeit der Missio schon aus dem Vermögen des Schuldners herausgegangen war.[e])

3) Der Pfandgläubiger, während er als bloßer Gläubiger mit andern in der Befriedigung aus den Gütern des Schuldners concurriren würde, schließt sie von dem Gegenstand seines Pfandrechts aus, bis er vollständig befriedigt ist.[f])

Die Intention des Rechtsinstituts, von dem wir reden, ist also zuerst, dem Gläubiger ein Object zu geben, in dessen Vermögenswerth er ein Mittel der Befriedigung ohne Zuthun des Schuldners findet, aus dem er also selbst sich befriedigen kann, und sodann, damit die Vortheile zu verbinden, deren so eben gedacht worden ist. Durch welche Rechtsformen können nun diese Absichten erreicht werden und sind sie von den Römern erreicht worden? welche Form kann das Recht des Gläubigers enthalten, um allen diesen Ansprüchen zu genügen, jenen ganzen Inhalt in sich aufzunehmen? In Beziehung auf den ersten Punkt ist nöthig, daß in dem Recht die Fähigkeit des Verkaufs der Sache liege, und die Möglichkeit, sich ihren Besitz zu diesem Behuf zu verschaffen. Hinsichtlich des andern muß das Recht von der Beschaffenheit sein, daß dem Gläubiger dadurch das Befriedigungsobject gegenüber dem Verpfänder und Andern gesichert sei. Wir finden nun das Pfandrecht in drei Gestalten, welche diesen Zwecken mehr oder weniger entsprechen: als Eigenthum, als Besitz und als ein Recht, welches keines von beiden ist, sondern ein drittes, ein ius in re. Diese drei Formen sind die Fiducia, das einfache Pignus, die Hypothek, von denen nun näher gehandelt werden soll.[g])

---

e) Zwar gegen eine bösliche Veräußerung schützte der Prätor die Gläubiger durch ein interdictum und eine actio (pauliana) Dig. XLII 8: quae in fraudem creditorum facta sunt, ut restituantur, eine Rescission solcher Veräußerungen, die schon zur Zeit des Cicero galt (Cic. ad Att. I 1), und die vielleicht schon von dem Prätor Rutilius herrührt. Aber die Voraussetzungen jener Klagen sind von der Art, daß sie nur unter besonderen Umständen eine Sicherung gewähren, die dem Pfandrecht überall innewohnt.

f) Als ein Nebenvortheil des Pfandrechtsinstituts könnte noch betrachtet werden, daß dem Gläubiger dadurch ein Befriedigungsobject außerhalb des Vermögens seines Schuldners (auf das er also als einfacher Gläubiger nie Anspruch hätte) verschafft werden kann, nämlich dadurch, daß ein Anderer seine Sache für den Schuldner verpfänden kann (Note d). Indessen ist dieß nichts dem Pfandrecht irgendwie eigenes, dasselbe wird ohne dieses durch andere Formen der Intercessio auf dem Weg einer bloßen Obligation erreicht.

g) In L. 9 § 2 D. de pign. act. (13, 7): Proprie pignus dicimus, quod ad credito-

Die Fiducia.

CCXLVII. Gläubiger und Schuldner kommen überein, daß jener aus einem Gut des letzteren, wenn er die Zahlung nicht erhalten wird, sich soll befriedigen können; er soll die Befugniß haben, die Sache zu verkaufen, aber nur zu dem Zweck der Befriedigung, der Verpfänder kann das Pfand durch Zahlung lösen. Das ist die Verpfändung; sie ist auf ein Recht des Gläubigers, aber auf ein beschränktes gerichtet, auch dem Schuldner wird dadurch ein Recht gewährt, der seine Sache keineswegs noch definitiv aufgegeben hat. Diese Uebereinkunft hat aber nach altem Recht noch gar keine Wirkung, sie muß die Form eines civile negotium erhalten, um ein Rechtsverhältniß hervorzubringen. Das Rechtsgeschäft, welches sich dafür darbot, war die Mancipation oder In Iure Cessio des Gegenstands, mit der jene Uebereinkunft verbunden und dadurch rechtlich wirksam ward, wirksam für den Gläubiger, indem er so die Macht über den Gegenstand bekam, die ihn befähigte, ihn zu verkaufen, denn er gehörte ihm, wirksam für den Schuldner, indem dieser eine Klage auf Remancipation erhielt, wenn er den Gläubiger rechtzeitig befriedigte. Eine solche Verabredung der Remancipation (die nicht bloß unter diesen Umständen, sondern auch zu andern Zwecken möglich war) heißt fiducia, fiduciam contrahere;[a] daher wird jene Verpfändung selbst fiducia, und eben so wird auch das Pfand genannt.[b] Verpfändet werden konnten in dieser Form alle Gegenstände, die (ihre Verwerthbarkeit vorausgesetzt) mancipirt oder in iure cedirt werden konnten, namentlich nicht bloß Sachen, sondern auch Kinder durch den Vater, in dessen Gewalt sie stehen, und an denen der Gläubiger das Mancipium mit jener Uebereinkunft erwarb.[c]

Wahrscheinlich bot das älteste Recht gar keine andere Form dar, in der jene Uebereinkunft hätte rechtlich wirksam werden können, indessen auch abgesehen davon, — denken wir uns in eine Zeit, wo das Freiheitsgefühl, welches sich gegen directen Eingriff in das Eigenthum des Schuldners auflehnte (§ 179), noch in seiner vollen Stärke, und, wenn man will, Einseitigkeit bestand, so lag es am nächsten, die Verpfändung und das durch sie dem Gläubiger gegebene Recht, sich direct an ein Gut des Schuldners zu halten, dadurch zu vermitteln, daß dieses Gut aus dem Eigenthum des Schuldners herausging und sofort in das Eigenthum des Gläubigers, nur auf widerrufliche Weise, kam. So war denn auch das Pfandrecht kein besonderes Recht, es war Eigenthum (oder Mancipium); daß der Gläubiger Macht hatte, die Sache zu verkaufen, war nicht das Besondere an dem Verhältniß, sondern daß er durch das Recht des Schuldners, die Sache zu lösen, beschränkt war. So erklärt sich, daß man die Verpfändung nicht von der dem Gläubiger eingeräumten Gewalt (wie man er-

rem transit, hypothecam, cum non transit nec possessio ad creditorem, haben die Compilatoren offenbar etwas weggestrichen (*nec* possessio setzt zwei vorangegangene Fälle voraus); Ulpian nannte die Fiducia, wodurch das Eigenthum, das einfache Pignus, wodurch der Besitz, die Hypothek, wodurch weder das eine noch das andere auf den Gläubiger übergeht.

a) Gai. II 60: Sed cum fiducia contrahitur aut cum creditore pignoris iure, aut cum amico, quo tutius nostrae res aput eum essent — III 201: debitor quoque, qui fiduciam, quam creditori mancipaverit aut in iure cesserit, detinet — vgl. § 239 bei Note ii.

b) Paul. sent. II 13 Isidor orig. V 25, 23.

c) Liv. II 24, vgl. Scheurl vom Nexum S. 60. Schon zur Zeit der römischen Juristen aber war die Verpfändung der Kinder verboten Paul. sent. V 1, 1 L. 1 C. de patrib. qui fil. (4, 43), doch sah sich noch Justinian veranlaßt, der Uebertretung dieser Vorschrift durch Strafgesetze gegen die Gläubiger entgegen zu wirken Nov. 134 c. 7.

warten sollte), sondern von der dem Schuldner vorbehaltenen Befugniß und der Verabredung, die sie gab, daß man sie fiducia nannte.

Aber auch für die Erreichung der sonstigen Intentionen des Pfandrechts war dieß ohne Zweifel der sicherste und einfachste Weg. Dem Gläubiger als Eigenthümer stand die Befriedigung aus der Sache schnell und bequem zur Hand, daß der Schuldner sie ihm entzog, war rechtlich nicht zu denken, denn der Verpfänder ist nicht mehr Eigenthümer,[d]) an eine Collision mehrerer Pfandgläubiger an derselben ganzen Sache war nicht zu denken, weil nicht mehrere Eigenthümer in solidum sein können. War der Gläubiger nur des Eigenthums seines Verpfänders und des hinreichenden Werths der Sache versichert, was der Schuldner nachher mit der Sache hätte vornehmen wollen, konnte sein Recht nicht beeinträchtigen.[e]) Die Inconvenienz, welche diese Verpfändung mit sich zu führen scheint, daß sie nämlich den Schuldner um den Genuß seiner Sache bringt, wurde dadurch vermieden, daß der Gläubiger ihm die Sache als Precarium,[f]) oder pachtweise ꝛc. überlassen konnte,[g]) was namentlich bei solchen Sachen zu geschehen pflegte, bei denen keine Gefahr war, daß der Schuldner sie bei Seite schaffen, also factisch dem Gläubiger entziehen möchte, denn rechtlich freilich waren sie dem Gläubiger immer theils durch die Vindication, theils durch die possessorischen Rechtsmittel garantirt.

Der Gläubiger hat das Recht, die Sache zu verkaufen, wenn die Zahlung oder sonstige Befriedigung nicht erfolgt,[h]) und dieses Recht kann ihm auch nicht durch eine entgegengesetzte Verabredung (ut fiduciam sibi vendere non liceat) entzogen werden.[i]) So lange der Verkauf noch nicht geschehen ist, hat der Schuldner die fiduciae actio, wenn er durch Zahlung das Pfand löst; durch den Verkauf wird die fiducia getilgt, nur auf den Ueberschuß des von dem Gläubiger erhaltenen Kaufpreises kann der Verpfänder noch die fiduciae actio anstellen.[k]) Ja auch ohne Verkauf kann diese Klage wegfallen, wenn nämlich die Verabredung getroffen ist, daß dem Gläubiger, wenn er in der gesetzten Zeit nicht befriedigt werden würde, das Pfand schlechthin um seine Forderung

---

d) Verkaufen kann der Verpfänder die Sache, wie man auch eine fremde Sache verkaufen kann, und er kann sie dem Käufer übertragen, wenn er sie (etwa mit dem empfangenen Kaufpreis) gelöst hat. Dem Gläubiger kann er sie nicht verkaufen, denn suae rei emtio non valet Paul. II 13, 3 L. 12 pr. D. de distr. pign. (20, 5) L. 16 pr. D. de contr. emt. (18, 1).

e) Darum blieb die Fiducia noch immer in Uebung, nachdem längst schon eine leichtere Verpfändung eingeführt war, sie konnte namentlich gegen die Privilegien sichern, wodurch die Hypotheken oft unsicher wurden. So finden wir sie noch in dem Catalog von Rechtsgeschäften aufgezählt, die Honorius 395 für gültig erklärt, wenn sie auch unter dem usurpatorischen Regiment des Eugenius vorgenommen worden seien L. 9 C. Th. de infirm. his, quae sub tyrannis aut barbaris gesta sunt (15, 14). Im justinianischen Recht ist sie mit der Mancipation und In Jure Cessio, von der man sie nicht zu trennen vermochte, weggefallen.

f) Isidor. orig. V 25, 17: precarium est, dum prece creditor rogatur permitti, debitorem in possessione fundi sibi obligati demorari et ex eo fructus capere.

g) Gai. II 60.

h) Er kann möglicherweise auch durch gezogene Früchte von der verpfändeten Sache befriedigt werden Paul. II 23, 2 L. 1 C. de distr. pign. (8, 27).

i) Paul. II 13, 5, vgl. II 5, 1 L. 4 D. de pign. act. (13, 7). — Für den Verkauf sind dem Gläubiger gewisse zu beobachtende Formen vorgeschrieben, nämlich eine Ankündigung, denuntiatio, an den Verpfänder, um diesem noch die Möglichkeit der Lösung des Pfandes zu geben, und zwar (wahrscheinlich nicht bloß im Fall des pactum de non distrahendo, wofür sie zunächst bezeugt ist) eine dreimalige (nach Analogie der dreimaligen Ausstellung eines addictus § 179). Dann ging dem Verkauf ein öffentlicher Anschlag desselben voraus, proscriptio (wie nachher bei der Vermögensexecution) L. 3 pr. C. de iure dom. imp. etc. (8, 33); der Name des Schuldners wurde dabei wohl nicht genannt.

k) Paul. II 13, 1.

verfallen sein solle. Diese Verabredung heißt lex commissoria; so konnte das Pfandrecht einen doppelten Inhalt haben: das Recht des Verkaufs, das schon von selbst darin lag, und das des Verfalls, welches durch Vertrag hineingelegt werden konnte.[l] Diese lex commissoria war sehr üblich; Constantin hat sie bei jeder Art der Verpfändung verboten und außer Wirkung gesetzt.[m]

Das einfache Pignus.

CCXLVIII. Die Fiducia führt eine rechtliche Trennung des Pfands aus den Gütern des Schuldners mit sich; es giebt nun auch ein Pfandrecht, das mit einer bloß factischen verbunden ist, dieß ist das einfache pignus. Dieses Pignus kommt sehr früh als ein Zwangsmittel der Magistrate vor gegen Bürger, die öffentliche Pflichten verletzen oder sich ihnen entziehen (Bd. I § 79), dieser pignoris capio auf Befehl der Magistrate durch ihre Diener schließt sich am nächsten die gewissen andern Personen gestattete an, die unter den legis actiones vorkommt (§ 162 a. E.). Jenes magistratische Recht der pignoris capio wurde auch als Executionsmittel für Decrete in Civilsachen (bei extraordinariae cognitiones) angewendet, zuletzt auch für Sentenzen der Richter, pignus in causa iudicati captum (§ 179. 188). Das Gericht läßt durch seine Diener dem verurtheilten Schuldner so viel Sachen als nöthig abnehmen, verkauft sie nach Ablauf von zwei Monaten, und befriedigt daraus den Gläubiger, dem von dem Moment der Auspfändung ein Pfandrecht an den abgepfändeten Sachen zugeschrieben wird.[a] Noch einen andern Fall des Pignus haben die prätorischen missiones in bona (in possessionem) mit sich geführt, wodurch der Magistrat jemanden zur Sicherung eines Anspruchs in den Besitz von Gütern eines Andern einweist. Der missus erhält die Detention der Güter mit der Befugniß, für ihre Erhaltung Sorge zu tragen.[b] Der Prätor schützt ihn gegen jeden, der ihn verhindert, im Besitz zu sein, durch Interdict oder eine actio in factum auf eine Strafe, die dem Werth des die Missio begründenden Anspruchs gleichkommt.[c] Diese missio wird mit dem Recht des Verkaufs gegeben, oder ohne dasselbe, jenes ist der Fall, wenn sie gegen den verurtheilten oder pro damnato erachteten Schuldner verhängt wird. In jenem Fall liegt es sehr nahe, das Recht des Missus als ein Pfandrecht zu behandeln, dieß geschah

---

l) Cic. pro Flacco 21 Fragm. vat. 9.

m) Cod. Th. III 2: de commissoria rescindenda. Cod. Iust. VIII 34: de pact. pign. et de lege comm. in pignoribus rescindenda. [Einen Schritt vorwärts in der Erkenntniß der Fiducia wie der Mancipation § 238 p gestattet die spanische Fiduciartafel (Bd. I § 118 Schlußnote). Dieses Formular ergiebt 1) daß die Mancipation fiduciae causa nur gegen einen Sesterz (nummo uno) erfolge, weil dem Pfandgläubiger gegen den Verpfänder kein Evictionsanspruch, sondern nur eine actio fiduciae contraria zusteht arg. L. 32 D. de pign. act. (13, 7), 2) daß die lex fiduciae nur das Gelöbniß der (bona) fides und der Rückgabe nach getilgter Schuld (fiducia) enthielt, wogegen die Verkaufsclausel, eben weil sie die Rückgabe ausschloß, nicht in der lex fiduciae selbst enthalten ist, sondern durch ein pactum adiectum beigefügt werden mußte, 3) daß die Distraction des Pfandgläubigers ebenfalls höchstens durch Mancipation nummo uno zu geschehen brauchte, weil derselbe sich dem Käufer nicht für Eviction zu verpflichten braucht, folglich, wenn er es gleichwohl freiwillig thut, keinen Regreßanspruch erheben soll. Darin liegt der Grund, weshalb über dieses Verhältniß zu einem Dritten gleichwohl zwischen dem Verpfänder und Pfandgläubiger eine autonomische Bestimmung getroffen wird, vgl. L. 22 § 4 D. de pign. act. (13, 7). R.]

a) Cod. VIII 22: si in causa iudicati pignus captum sit.

b) Vgl. das von Cicero pro Quint. 27 mitgetheilte Edict § 179 Note cc.

c) Dig. XLIII 4: ne vis fiat ei, qui in possessionem missus erit.

denn auch, ja daſſelbe wurde für alle Fälle der Miſſio behauptet,[d]) das Pfandrecht heißt praetorium pignus.

Ein ſolches einfaches Pignus (im Gegenſatz gegen die fiducia) kann nun auch durch Vertrag entſtehen. Die Verpfändung geſchieht hier durch Uebergabe der Sache zu juriſtiſchem Beſitz mit Verpflichtung des Gläubigers, ſie zurückzugeben, wenn er befriedigt werden würde. Sie iſt alſo der Fiducia ganz analog, nur iſt ſie kein feierliches Geſchäft, der Gläubiger wird nicht Eigenthümer, ſondern nur Beſitzer, und ſeine Verpflichtung iſt nicht jenes civilrechtliche Negotium, aus dem die fiduciae actio entſpringt, ſondern der contractus iuris gentium, der durch einfache Tradition (re, nicht mancipio) geſchloſſen wird, mit der actio pigneraticia. Dieſes pignus (Fauſtpfand) iſt gewiß jünger als die Fiducia, es ſetzt die Möglichkeit einer Verpflichtung durch einfache Uebergabe voraus, die ſicher nicht von jeher beſtand, überdieß läßt es ſich nicht wohl ohne einen Schutz des Beſitzes denken, auf dem hier die Sicherheit des Pfandgläubigers beruhte.[e]) Das Vorbild dafür gab die pignoris capio der Magiſtrate. Vielleicht hatte es auch allererſt mehr die Intention einer Nöthigung des Schuldners zur Zahlung, um dadurch wieder zum Beſitz ſeiner Sache zu gelangen, als eines directen Befriedigungsmittels, und iſt nur allmählich der Fiducia in dieſer Hinſicht gleichgeſtellt worden. Daraus erklärt ſich, warum noch die claſſiſchen Juriſten ein gewiſſes Gewicht darauf legen, ob die Parteien ausdrücklich übereingekommen ſind, daß der Gläubiger ſolle verkaufen dürfen, obwohl ſie ſchon, wenigſtens die ſpäteren, dieſes Recht ihm auch ohnedieß zugeſtehen.[f])

Immer war die Wirkung des einfachen Pignus (wir ſprechen von der Zeit vor der Reform des Pfandrechts durch die Hypotheken, die auch auf das Pignus ihre Wirkung äußerte) weit unvollkommener, als die der Fiducia. Der Gläubiger hat den Beſitz, dieſer konnte ihm durch Diſpoſitionen des Schuldners nicht entzogen werden. Eine Veräußerung war für den Schuldner, ſo lange der Gläubiger den Beſitz hatte, wenigſtens bei beweglichen Sachen unmöglich, bei unbeweglichen, die von dem Nichtbeſitzer mancipirt werden können, war der Gläubiger nicht geſichert. Daß er auf irgend eine Art gegen die Vindication des Verpfänders geſchützt wurde, iſt ſchlechterdings anzunehmen (auch für die Zeit der Legis Actiones, wo es noch keine Exceptionen gab), gegen die Vindication des Singularſucceſſors läßt ſich dieß nicht behaupten. Auch hier war es nicht ungewöhnlich, die Sache dem Verpfänder als Precarium zu überlaſſen;[g]) ſo

---

d) Ulpian. L. 26 D. de pign. act. (13, 7). Dieß beſtätigt Juſtinian L. 2 C. de praetorio pignore (8, 21), und überträgt überdieß auf dieſes Pfandrecht die hypothecaria in rem actio.

e) [Die älteſte urkundliche Erwähnung kommt im latiniſchen Bündniß 261 d. St. vor: Festus: nancitor in duodecim: nactus erit praenderit. item in foedere latino: pecuniam quis nancitor, habeto, et: si quid pignoris nanciscitur (lies nancitor), sibi habeto. Rudorff über die Pfandklagen, Zeitſchr. für geſch. R. W. XIII S. 192. Huſchke Recht des Nexum S. 204 Note 322. R.]

f) Ulpian. L. 4 D. de pign. act. (13, 7) Paul. II 5, 1: Creditor si simpliciter sibi pignus depositum distrahere velit, ter ante denuntiare debitori suo debet, ut pignus luat, ne a se distrahatur. Vgl. Iavolenus L. 74 D. de furt. (47, 2).

g) Ulpian. L. 6 § 4 D. de precar. (43, 26) ſagt, es ſei gefragt worden, ob ein ſolches Precarium gelte, da es ein precarium rei suae ſei. Er bejaht die Frage, indem er bemerkt, der Gegenſtand dieſes Precariums ſei nicht die Sache ſelbſt, ſondern der Beſitz, der allerdings dem Gläubiger zuſtehe. Die Beſeitigung jenes Zweifels ſei wichtig, weil er ein Geſchäft betreffe, das täglich vorkomme. Ulpian will offenbar nur ein längſt im Leben übliches Rechtsverhältniß gegen theoretiſche Bedenklichkeiten ſichern.

lange sie bei diesem oder seinen Erben blieb, war der Gläubiger geschützt, er konnte sie sofort wegnehmen (da er gegen das interdictum de vi oder utrubi die exceptio precariae possessionis hatte)[h] oder das interdictum de precario auf Wiedererlangung anstellen. Veräußerte dagegen der Verpfänder, so blieb jenem freilich sein Interdict gegen diesen, gegen den Käufer hatte er es nicht. Es war seine Aufgabe, einer solchen Veräußerung durch Wachsamkeit zuvorzukommen. Wie war es nun mit dem Verkauf durch den Gläubiger, um sich aus dem Preis zu befriedigen? Setzen wir auch die ausdrückliche Verabredung de distrahendo pignore voraus, so ist damit die Schwierigkeit nicht gehoben, wie sie den Gläubiger (ich sage nicht befugt, sondern) fähig machen konnte, die Sache zu verkaufen und ins Vermögen des Käufers zu bringen. Die Erklärung jener Uebereinkunft als eines Mandats reicht nicht aus, denn damit wäre bei der Widerruflichkeit des Auftrags die Veräußerung von dem Willen des Verpfänders abhängig gewesen.[i] Die Sache stand so. Verkaufte der Gläubiger in Folge jener Uebereinkunft, so verletzte er kein Recht des Verpfänders, aber er übertrug auf den Käufer nichts als den Besitz und die condicio usucapiendi. Mit der Einführung der Publiciana wurde von selbst die Stellung des Käufers und damit auch die eines Faustpfandgläubigers verbessert, bis dieser zuletzt durch die Entstehung und Ausdehnung der Hypothek zu einem andern, vollkommneren Recht gelangte.[k]

Eine besondere Art des Pignus nennen die Römer ἀντίχρησις. Sie besteht darin, daß dem Gläubiger eine fruchtbringende Sache überliefert wird, mit dem Recht, statt der Zinsen sie zu benutzen.[l] Die römischen Juristen behandeln diese Antichrese nach der Analogie eines Pignus, außerdem kann aber jene Verabredung auch bei jeder Verpfändung getroffen werden.[l]

Die Hypothek.

CCXLIX. Die Aufgabe der Verpfändung, dem Gläubiger ein Recht zu geben, welches ihn in den Stand setzt, aus dem Pfand durch Veräußerung seine Befriedigung sich zu verschaffen, und ihm dieses Befriedigungsobject zu sichern, wurde in der ältesten Verpfändungsform auf die allereinfachste Weise, die über die vorhandenen Rechtsformen nicht hinausging, erreicht. Der Gläubiger wurde Eigenthümer des Pfands. Daneben kam die Verpfändung durch bloße Tradition des Besitzes auf, wobei die Fähigkeit des Gläubigers zu veräußern im Grund nur eine factische war, indessen unterstützt durch den Schutz, dessen jener factische Zustand theils als juristischer Besitz schlechtweg, theils als Usucapionsbesitz (das letzte beim Käufer) theilhaftig ward.

Die Verpfändung durch Fiducia war aber nicht bloß die einfachste und den

---

h) Paul. V 6. 7.

i) Etwas anderes ist, daß der aus eigenem Recht verkaufende hypothekarische Gläubiger wie ein Procurator beurtheilt wird L. 29 D. fam. erc. (10, 2), denn diese Analogie soll ihn nicht erst fähig machen, zu verkaufen, sondern nur sein und des Schuldners Verhältniß zu dem Käufer bestimmen, die Fähigkeit liegt in seinem eigenen Recht, der Hypothek.

k) Diese Wendung der Sache hat Gaius II 64 schon vor sich, wenn er unter den Personen, welche veräußern können, den Pfandgläubiger aufführt mit der Bemerkung: sed hoc forsitan ideo videatur fieri, quod voluntate debitoris intellegitur pignus alienari, qui olim pactus est, ut liceret creditori pignus vendere, si pecunia non solvatur, ein haltungsloses Räsonnement, da es zur Begründung der Veräußerungsfähigkeit des Gläubigers für die ältere Zeit nicht hinreicht, für die neuere nicht nöthig ist.

l) L. 11 § 1 D. de pignor. (20, 1) L. 1 § 3 eod. L. 17 C. de usur. (4, 32).

ältesten Rechtszuständen angemessenste Lösung der Aufgabe, da sie kein neues Element ins Recht einführte, sondern die sofortige Trennung des Pfands von den Gütern des Schuldners, die sie involvirte, ließ auch das alte Rechtsprincip, das einen unmittelbaren Eingriff in das Vermögen des Schuldners verwarf, unangetastet. Das einfache Pignus enthielt, haben wir gesehen, eine Modification, aber nicht eine vollständige Abweichung von diesem Verfahren.

Das Princip indessen der Nichthaftung der Güter für die Schulden hörte auf zu bestehen, jeder Gläubiger war durch das rutilianische Edict in den Stand gesetzt, aus den Gütern seines Schuldners seine Befriedigung zu suchen. Die Ausscheidung des Pfands aus dem Vermögen des Schuldners (rechtliche oder factische) konnte nicht mehr für ein Erforderniß der Verpfändung gelten. Man konnte keinen Anstoß mehr an einer Verpfändung nehmen, die den Gläubiger weder zum Eigenthümer noch zum Besitzer machte; es kam nur darauf an, daß sich ein Bedürfniß ergab, über jene Pfandarten hinauszugehen. Ein solches machte sich in der That fühlbar.

Die Vorzüge der fiduciarischen Verpfändung sind oben angegeben worden, für den Gläubiger sind sie unleugbar, die Bedürfnisse des Creditnehmers sind wenig dadurch befriedigt. Sie unterlag noch manchen Beschränkungen, die zum Theil für beide, vornehmlich aber für den letzteren empfindlich sein konnten. Vor allem war sie auf manche Gegenstände, die in den späteren Zeiten der freien Republik einen Hauptbestandtheil des Vermögens vieler Personen bildeten, unanwendbar, so bei Provincialgrundstücken; eben so fiel sie bei manchen Personen weg, Peregrinen konnten in dieser Form weder verpfänden, noch ein Pfandrecht erhalten. Eine Aushülfe gewährte das einfache pignus, aber dieses gab dem Gläubiger eine geringere, unter Umständen nur eine sehr prekäre Sicherheit; überdem war auch dieses in Beziehung auf seine Gegenstände beschränkt genug, es erstreckte sich nur auf Sachen. Ferner waren diese Verpfändungen mit Uebertragung des Eigenthums oder Besitzes mehr auf Schulden berechnet, deren baldige Tilgung beabsichtigt war, sie mußten unangemessen erscheinen, wo eine längere Benutzung des Capitals durch den Schuldner in der Intention der Parteien lag.[a]) Endlich unterlagen beide Verpfändungen noch einer zweifachen Beschränkung, wodurch der Schuldner unnöthig beengt, ja dieses Sicherungsmittel unter Umständen unbrauchbar werden konnte. Einmal konnte nicht dieselbe ganze Sache Mehreren verpfändet werden, hatte jemand ein Grundstück für eine Schuld, die vielleicht nicht den zehnten Theil seines Werths erreichte, zum Pfand gegeben, so hatte es aufgehört, für ihn ein Creditmittel zu sein; die Möglichkeit der Verpfändung eines quoten Theils war nicht überall ein passendes Auskunftsmittel. Die zweite Unbequemlichkeit bestand darin, daß nur eine specielle Verpfändung einzelner Sachen möglich war, weder Eigenthum noch Besitz kann durch eine Erklärung, welche die Gegenstände nur collectiv bezeichnet, übertragen werden, noch weniger an Gegenständen, deren specielle Bezeichnung jetzt gar nicht einmal möglich wäre, da es erst von einem künftigen Umstand abhängt, welche unter den gebrauchten Gattungsbegriff fallen werden. Es ergaben sich aber Verhältnisse, in denen allein eine generelle Verpfändung genügen konnte. Denken wir uns, daß ein Pächter, der sein ganzes Vermögen zum Betrieb der Pachtung verwendet, für den Pachtzins Sicherheit stellen soll. Sein Inventarium war vielleicht am Anfang des Pachts

---

a) So erklärt sich die lucrativa usucapio, die dem Schuldner gestattet ward Gai. II, 60, s. § 239 bei Note ii.

sehr gering, es vermehrte sich erst mit der Dauer seines Geschäftsbetriebs; das Object aber des durch Fiducia oder Tradition bestellten Pfandrechts waren lediglich die am Anfang der Wirthschaft zusammengebrachten Sachen, und von diesen selbst war vielleicht zu der Zeit, wo das Pfandrecht endlich zur Geltendmachung kam, in Folge der natürlichen Abnutzung wenig mehr vorhanden. Wir werden sehen, daß gerade für diesen Fall die neue Verpfändungsweise, die nun näher betrachtet werden soll, zuerst eingeführt wurde.

In jeder Verpfändung liegt die Uebereinkunft, daß der verpfändete Gegenstand dem Gläubiger für die Forderung haften, und (wenigstens wenn das Pfandrecht seinen vollen Inhalt hat) von ihm soll verkauft werden können, im Fall er nicht befriedigt wird. Nach altem Recht erhielt diese Uebereinkunft eine Wirkung erst durch das Hinzukommen der Eigenthums- oder Besitzübertragung. Die Hypothek, diese neue Verpfändungsart, von der jetzt die Rede ist, besteht nun darin, daß schon jene Uebereinkunft für sich (conventio de pignore) hinreichen soll, dem Gläubiger das Pfandrecht zu geben.[b]) Sein Recht ist also weder Eigenthum noch Besitz; wie war es zu bestimmen, um dem Gläubiger die Befugnisse und Vortheile zu gewähren, auf die es bei der Verpfändung abgesehen ist?

Das Pfandrecht soll dem Gläubiger vor allem die Möglichkeit des Verkaufs geben. Diese verschafft ihm die Fiducia durch das Eigenthum, Eigenthümer aber soll er bei der Hypothek nicht werden; am nächsten lag, ein ius in re aliena anzunehmen, in das jener Inhalt gelegt, und das dadurch zum Pfandrecht gemacht wurde. Das Recht des Verkaufs ist ein Bestandtheil des Eigenthums, und es war gerade um dieses Bestandtheils willen, daß dem Gläubiger bei der fiduciarischen Verpfändung das Eigenthum übertragen wurde; das Mittel ging hier insofern, d. h. wenn wir nur diesen Zweck des Verkaufsrechts ins Auge fassen, über seinen Zweck hinaus. Es reichte für diesen hin, dem Gläubiger nur diesen besonderen Bestandtheil des Eigenthums zu übertragen, und dieß geschah, wenn man ihm ein ius in re mit diesem Inhalt constituirte, so wie man schon nach bisherigem Recht, um jemanden z. B. den ususfructus zu verschaffen, nicht nöthig hatte, ihm das Eigenthum mit Fiducia (der Verpflichtung finito usufructu zu remancipiren) zu geben, sondern ihm diesen Bestandtheil des Eigenthums für sich als ius in re (ius ususfructus) geben konnte. Die Eigenschaft des Pfandrechts als ius in re ist auf ganz natürliche Weise aus der fiducia hervorgegangen.[c])

---

b) L. 1 D. de pign. act. (13, 7) L. 4 D. de pignoribus et hypothecis (20, 1): Contrahitur hypotheca per pactum conventum, cum quis paciscatur, ut res eius propter aliquam obligationem sint hypothecae nomine obligatae —. L. 44 § 5 D. de usurp. (41, 3).

c) Die römischen Juristen stellen das Pfandrecht mit andern iura in re zusammen L. 30 D. de noxal. act. (9, 4): — si domini sint, sive aliquid in ea re ius habeant, qualis est creditor et fructuarius. L. 19 pr. D. de damno inf. (39, 2): sive domini sint, sive aliquid in ea re ius habeant, qualis est creditor et fructuarius et superficiarius. Es versteht sich von selbst, daß bei der Bestimmung des Pfandrechts als ius in re eine Sache als sein Gegenstand vorausgesetzt wird. Dieser Fall ist bei der Hypothek nicht der einzige, aber er ist stets der Normalfall geblieben. — In der neuesten Zeit haben manche Juristen geglaubt, der Umstand, daß die Verpfändung eine obligatio rei heiße, daß sie eine Haftung der Sache für eine Forderung constituire, stehe in Widerspruch mit der Eigenschaft des Pfandrechts als ius in re, d. h. also, ein ius in re könne jenen Inhalt nicht haben (was auf einen irrthümlichen, einseitig nach den Personalservituten zugeschnittenen Begriff der iura in re hinausläuft), oder sie haben wenigstens behauptet, das römische Recht behandle es nicht als ius in re. Die Argumente für diese Behauptung sind unglaublich schwach (eines der vornehmsten ist das Wort obligatio für die Verpfändung — ganz so,

Der weiteren Aufgabe, dem Pfandgläubiger das Befriedigungsobject zu sichern, theils gegen Dispositionen des Verpfänders, theils gegen die Ansprüche anderer Gläubiger auf Befriedigung aus den Gütern des Schuldners, genügt ebenfalls das ius in re. Zwar ist die Sache nicht gänzlich aus dem Vermögen des Schuldners herausgenommen, also der Dispositionsbefugniß desselben und den Gütern, aus denen die Gläubiger mittelst der Missio ihre Befriedigung suchen, nicht absolut entzogen, wie bei der fiduciarischen Verpfändung. Aber das Recht des Verkaufs zum Behuf der Befriedigung, das dem Gläubiger als ius in re eingeräumt ist, kann ihm weder durch Dispositionen des Schuldners, noch durch die bonorum venditio von Seiten der Gläubiger entzogen werden.[d])

CCL. Die Entstehung der Hypothek bewirkte eine Reform des Pfandrechts, die nicht vollständiger gedacht werden kann. Seine Natur stellt sich hier in ihrer Reinheit dar, es ist ein eigenes Recht geworden, das seine Wirkungen nicht von einem andern, mit dem es in Verbindung zu setzen wäre, entlehnt, der hypothekarische Gläubiger ist Pfandgläubiger, ohne Eigenthümer oder Besitzer zu sein. Im Einzelnen wird die Reform vornehmlich in Beziehung auf die Gegenstände, auf die Entstehung des Pfandrechts, auf die Möglichkeit einer mehrfachen Verpfändung sichtbar. Dieß wird sich aus der folgenden Darstellung ergeben.

1) Die augenscheinlichste Folge der neuen Verpfändungsweise war die Erweiterung des Kreises der pfandbaren Gegenstände. Da nun ein Pfandrecht ohne Ueberlieferung des Eigenthums oder Besitzes möglich war, so erstreckte sich dieses Sicherungsmittel von jetzt auf alles, was als Befriedigungsobject betrachtet, was verkauft werden kann: quod emtionem venditionemque recipit, etiam pignerationem recipere potest.[a]) Was die Sachen anlangt (die auch für die Hypothek der vornehmste Gegenstand sind), so brauchen sie nicht, wie bei der Fiducia, im quiritischen Eigenthum des Verpfänders zu sein, es ist

---

wie die Glossatoren meinten, weil longi temporis praescriptio eine pr. x vel xx annorum bedeutet, müsse auch longa consuetudo eine zehn- oder zwanzigjährige Gewohnheit sein), das positive Resultat indessen ist wo möglich noch bedenklicher. Einer dieser Juristen bestimmt das Pfandrecht als eine Forderung gegen die Sache, die hier der Schuldner sei, und nennt das ein „dingliches Forderungsrecht" (Büchel über die Natur des Pfandrechts 1833, civilr. Erört. I 2), ohne sich durch die darin liegende Corruption des Begriffs der Forderung, und die damit verbundene Erhebung der Sachen zu Personen irren zu lassen; ein zweiter (Mühlenbruch Lehrbuch des Pand. R. § 299) fügt, um sicher zu gehen, diesem Begriff den älteren (Recht an der Sache) hinzu, unbekümmert über die Verträglichkeit dieser beiden Prädicate; ein dritter (Sintenis Handb. des Pfandrechts 1836) nennt es ebenfalls ein dingliches Forderungsrecht, aber in der Art, daß jeder Besitzer des Pfands der Schuldner sei, diese Bestimmung hat den Vorzug vor jenen, eine juristisch mögliche zu sein (wie es denn im deutschen Recht solche Rechte giebt), aber sie ist eine unrömische; man darf sie übrigens als den ersten Schritt der Rückkehr zur richtigen Ansicht begrüßen, zu der sich ihr Urheber vielleicht entschließen wird, wenn er erwägt, daß der einfache Begriff: Recht an der Sache, vollkommen fähig ist, den Inhalt des Pfandrechts in sich aufzunehmen (bei den deutschen Reallasten ist es nicht so), und daß es daher (für die Römer und für uns) ganz unnöthig war, eine so künstliche Form für dasselbe zu erfinden. [Bachofen das römische Pfandrecht Bd. I (1847) anerkennt gar kein Pfandrecht, der rechtliche Gehalt desselben ist ihm die Pfandklage, mit welcher das Pfandrecht „stehen und fallen" soll. In der That haben schon die römischen Juristen von der formula hypothecaria aus die Hypothek construirt, dieß hat sie aber nicht gehindert, auch dieser Klage einen Klaggrund zuzugestehen und diesen, obwohl die Klage in factum ist, in einem (prätorischen) ius in re zu finden. Vgl. Keller in Richter's Jahrbb. (1847) S. 961—1022. R. — Die neueren Theorien bespricht Exner Kritik des Pfandrechts-Begriffes. Leipzig 1873].

d) § 243 Note a. L. 18 § 2 D. de pign. act. (13, 7).

e) L. 9 § 1 D. de pignor. (20, 1).

genug, wenn er sie in bonis hat, wenn man sie zu seinem Vermögen rechnen kann, und dafür gilt hier schon, daß er eine persönliche Klage hat, mit welcher er die Erwerbung der Sache fordern kann,[b]) und wenn er nur Usucapionsbesitzer war, so wird der Gläubiger gegen alle die geschützt, gegen welche sein Verpfänder mit der actio publiciana durchdringen würde.[c]) Ja auch eine fremde Sache kann verpfändet werden unter der Bedingung, daß der Verpfänder sie erwerben würde.[d]) Aber nicht bloß Sachen, sondern auch Rechte können hypothekarisch verpfändet werden, solche nämlich, die eine Veräußerung durch den Gläubiger, entweder ihrer selbst (wie Superficies und Emphyteusis), oder ihrer Ausübung (wie Ususfructus, Forderung) zulassen.[e]) Die Natur des Pfandrechts an solchen Rechten richtet sich nach der Beschaffenheit dieser Rechte selbst, die Rechtsmittel des Gläubigers sind denen des Verpfänders, dem diese Rechte zustehen, analog.[f]) Die Verpfändung einer Forderung (nomen pignori datum) giebt dem Pfandgläubiger das Recht, die Klage des Verpfänders gegen den Schuldner desselben anzustellen, und wenn es eine Geldforderung ist, sich unmittelbar auf diesem Wege zu befriedigen, wenn sie einen andern Gegenstand hat, diesen als Pfand zu haben, — oder auch die Forderung selbst zu verkaufen, um sich aus dem Kaufpreis bezahlt zu machen,[g]) mit einem Wort, die Verpfändung wird als eine Cession der Forderung behandelt, sie macht den Pfandgläubiger zum Procurator des Verpfänders zu dem Behuf, seine Befriedigung in dieser Eigenschaft zu suchen.[h]) Ist das nomen mit einem Pfandrecht versehen, so kann nicht bloß die persönliche, sondern auch die hypothekarische Klage verpfändet werden, und in gleicher Weise kann die letztere für sich Gegenstand der Verpfändung sein, d. h. der Verpfänder kann seinem Gläubiger das Recht einräumen, seine Befriedigung durch die jenem wegen einer Forderung zustehende hypothekarische Klage eben so zu suchen, wie der Verpfänder selbst es thun könnte, er cedirt ihm die Klage für diesen Fall. Dieß ist das pignus pignori datum, das man auch Afterpfand und Subpignus (nach der nicht passenden Analogie von Aftermiethe, sublocatio) genannt hat.[i]) Zu allen diesen Gegenständen, Sachen und Rechten, die der hypothekarischen

---

b) L. 6 C. si aliena res pignori data sit (8, 15) L. 1 pr. D. de pignor. (20, 1).

c) L 18 D. eod.

d) L. 15 § 1 L. 16 § 7 D. eod. Der Umstand allein, daß der Verpfänder hinterdrein Eigenthümer wird, oder der Eigenthümer des Verpfänders Erbe, giebt dem Gläubiger nicht schlechthin ein Pfandrecht, aber er wird allerdings gegen alle die als Pfandgläubiger auftreten können, deren Einwand, daß die Verpfändung vom Nichteigenthümer geschehen sei, er als eine dolose Ausflucht zurückzuweisen vermag, wie z. B. wenn der Verpfänder selbst, der (und sofern er) ihm dafür haften muß, daß er zur Verpfändung berechtigt war, das Pfandrecht ableugnen wollte, weil er damals noch nicht Eigenthümer gewesen sei L. 1 pr. L. 21 § 1 L. 22 eod. L. 41 D. de pign. act. (13, 7) L. 5 C. si aliena res p. (8, 15).

e) [Unter den Servituten jedoch nur die persönlichen und rusticalen, nicht die Häuserservituten L. 11 § 2 — L. 12 pr. D. de pign. (20, 1). Der Grund ist, weil nur dort Interdicte vorkommen § 230. R.]

f) L. 16 § 2 L. 17 D. de pign. act. (13, 7).

g) L. 18 pr. D. eod. L. 20 D. de pignor. (20, 1). L. 4 C. quae res pignori obligari poss. (8, 16) L. 7 C. de hered. vel. act. vend. (4, 39).

h) Zu Ulpian's Zeit machte man von dieser Möglichkeit eines Pignus Nominis auch schon für die pignoris actio zur Vollstreckung einer richterlichen Sentenz Gebrauch, so daß die Behörde die nomina pignoris iure capta entweder beitrieb oder verkaufte, doch wurde dieß nur in Beziehung auf eingestandene Forderungen, und in Ermangelung anderer Objecte zugelassen L. 15 § 8—10 D. de re iud. (42, 1) Cod. IV 15: quando fiscus vel privatus debitoris sui debitores exigere potest.

i) Cod. VIII 23: si pignus pignori datum sit. L. 40 § 2 D. de pign. act. (13, 7)

Verpfändung fähig sind, kommen endlich auch noch die künftigen, die jetzt noch gar nicht existiren. Wenn künftige Erzeugnisse verpfändet werden, so besteht schon jetzt das Pfandrecht an der Hoffnung ihrer Entstehung, wenn nur die erzeugende Sache schon dem Verpfänder gehört (denn außerdem ist es eine bloße Verpfändung künftig zu erwerbender Sachen, die ein Pfandrecht erst mit der Erwerbung bewirkt), ein Pfandrecht, das mit ihrer Entstehung, vorausgesetzt, daß sie ins Eigenthum des Verpfänders kommen, in eines an den Sachen selbst übergeht.[k])

2) Die Begründung des Pfandrechts durch bloße Uebereinkunft (§ 249 Note b) hat auf Entstehungsarten desselben geführt, an die man im älteren Recht nicht denken konnte. Was den hypothekarischen Vertrag selbst anlangt, so kann dieser nicht bloß über eine speciell bezeichnete Sache geschlossen werden (conventio specialiter facta, specialiter obligatum), sondern auch über Sachen, die nur durch eine Collectivbezeichnung angegeben werden, z. B. invecta et illata, bona mea (obligatio generalis, conventio generalis), so daß die unter das genannte Genus fallenden Sachen eben so wirksam dem Pfandrecht unterworfen sind, als wenn sie speciell aufgeführt wären.[l]) Was unter der generalis obligatio begriffen ist, das hängt, wenn ein Zweifel entsteht, von der Interpretation des Geschäfts ab; einige Punkte sind durch rechtliche Vorschrift entschieden. Die Verpfändung aller Güter soll von selbst auch die künftig zu erwerbenden begreifen,[m]) dagegen soll sie nicht von den Sachen verstanden werden, von denen anzunehmen ist, daß der Verpfänder sie ausgenommen haben würde, wenn er statt jener collectiven Bezeichnung alle speciell aufgezählt hätte, wie besonders werthgehaltene oder zum täglichen Gebrauch bestimmte Sachen.[n]) Bei der Verpfändung eines Kaufladens oder eines ähnlichen Geschäfts wird angenommen, daß sie nur auf die Waaren gerichtet ist, die zur Zeit der Geltendmachung des Pfandrechts vorhanden sind; die Ausdehnung auf alle, die irgend einmal seit der Verpfändung Bestandtheile der Universitas waren, würde der Natur und Bestimmung jener widersprechen, der Kaufmann müßte

---

L. 13 § 2 D. de pignor. (20, 1) L. 14 § 3 D. de div. temp. praescr. (44, 3). Weil in diesen Stellen der Ausdruck gebraucht wird: rem pignoratam pignori accipere u. ähnl., hat man das Recht des Afterpfandgläubigers für ein Pfandrecht an der Sache selbst wie das erste gehalten, von welchem Gesichtspunkt aus eine richtige Bestimmung seines Verhältnisses wenigstens mit Consequenz nicht möglich ist. Jener Ausdruck empfahl sich durch seine Kürze, und es ist nicht einmal zugegeben, daß er dieses Mißverständniß entschuldigt, denn näher betrachtet führt auch er zu dem obigen Resultat: es verpfändet jemand die ihm verpfändete Sache, d. h. sofern sie ihm verpfändet ist, mithin ihre Eigenschaft als Pfand, also das Pfandrecht an derselben, und seine Geltendmachung durch die actio hypothecaria.

k) L. 1 § 2 L. 15 pr. D. de pignor. (20, 1) L. 11 § 3 D. qui potior. (20, 4).

l) S. z. B. L. 1 pr. 6. 8. 15 § 1 D. de pignor. (20, 1) L. 2. 11 § 2 D. qui potior. (20, 4). Justinian braucht die Ausdrücke specialis und generalis hypotheca in demselben Sinn (hypotheca für den Vertrag) L. 9 C. quae res pignori (8, 16) L. 11 C. de remiss. pign. (8, 25). Daß er hier gerade die obligatio omnium bonorum, quae habet quaeque habiturus est mit dem Namen generalis hypotheca bezeichnet, ist zufällig, die Verpfändung der invecta et illata ist nicht weniger generell, als die aller Güter. Die Verpfändung einer universitas rerum, z. B. einer Heerde, ist zugleich speciell und generell, jenes in Beziehung auf die universitas selbst, dieses in Beziehung auf die einzelnen dazu gehörigen Sachen. So ist es nicht bei einer Verpfändung des ganzen Vermögens, es giebt kein Pfandrecht an einem Vermögen als Ganzen, sondern nur an den zu demselben gehörenden Gegenständen, jener Ausdruck ist also nur als eine Collectivbezeichnung zu verstehen. — Die gewöhnliche Eintheilung des Pfandrechts in specielles und generelles hat entweder einen Sinn, der außer den Worten liegt, oder gar keinen, es giebt so wenig ein generelles Pfandrecht, als ein generelles Eigenthum.

m) L. 9 C. quae res pign. (8, 16).

n) L. 6—9 D. de pignor. (20, 1) Paul. V 6, 16 L. 1 C. quae res pign. (8, 16).

sein Geschäft schließen, wenn er seine Waaren nur mit dem Onus des Pfandrechts verkaufen könnte, das ist aber nicht die Intention der Verpfändung, die ja jenes Geschäft zum Gegenstand hat, also es nicht kann vernichten wollen.[o]) Endlich ist es ein eigenthümlicher Unterschied zwischen specieller und genereller Verpfändung, daß die letztere, so lange der Gläubiger nicht zur Geltendmachung seines Pfandrechts schreitet, die Manumission eines Sclaven, der zu dem genannten Genus gehört, nicht hindert.[p])

Die Hypothek griff ferner auch in den Kreis der älteren Verpfändungen hinein, auch in diesen ist die Uebereinkunft, welche nun für sich schon ein Pfandrecht begründet, enthalten, dieses neue Pfandrecht mußte daher auch als ein Element der Fiducia und des Faustpfands erkannt werden. Dieß konnte bei der Fiducia wichtig werden, wenn in den Erfordernissen der Mancipation etwas versehen, dagegen allen Anforderungen des hypothekarischen Vertrags genügt war; in jedem Fall aber wurde dadurch dem Faustpfandgläubiger ein Rechtsschutz zu Theil, weit vollkommener, als den er bisher gehabt hatte. So wurde das pignus als Pfandrecht der Hypothek vollkommen gleich, es schließt eine Hypothek in sich, was es mehr enthält, der Besitz, ist nur eine, für die Eigenschaft des Pfandrechts selbst unwesentliche Zuthat geworden.[q])

Diese Behandlung des Faustpfandes als ius in re, die Anwendung der in rem actio von der Hypothek auf dasselbe, war von selbst durch den Umstand geboten, daß der hypothekarische Vertrag auch in jener Verpfändung enthalten ist. Aber man ging noch weiter, man dehnte die Wirkung der Hypothek auf Fälle aus, denen keine Uebereinkunft zu Grunde lag, die also den Worten des prätorischen Edicts nach nicht auf jene Wirkung Anspruch gehabt hätten. Am nächsten lag es, der Bestellung des Pfandrechts durch Testament dieselbe Wirkung, wie dem Vertrag beizulegen, Ulpian beruft sich auf Rescripte des Septimius Severus und Caracalla, die dieß bestätigt haben.[r]) Der Besitz dessen, welcher missio in possessionem erhalten hatte, war als pignus behandelt worden, es konnte nicht fehlen, daß man diesem pignus praetorium auch die hypothekarischen Wirkungen zuschrieb (§ 248 Note d). Dasselbe gilt von dem pignus in causa iudicati captum.[s])

Für den hypothekarischen Vertrag ist keine bestimmte Form vorgeschrieben,[t]) er ist daher auch als stillschweigende Uebereinkunft möglich. Daran knüpfte sich eine Ausdehnung des Pfandrechts, die bei den älteren Formen nicht möglich

---

o) L. 34 pr. D. de pignor. (20, 1).

p) L. 2. 3 C. de servo pignori dato manumisso (7, 8) L. 6. 9 D. in quib. caus. p. tac. (20, 2).

q) Dieß ist der Sinn der L. 5 § 1 D. de pignor. (20, 1): Inter pignus autem et hypothecam tantum nominis sonus differt. [Eine noch einfachere Erklärung hat Rudorff Zeitschr. für gesch. Rechtswiss. XIII 4, von einer abweichenden historischen Grundansicht des Pfandrechts aus, gegeben. Es gab von jeher zwei Verpfändungen: eine civile oder Rechtsverpfändung: die Fiducia, eine naturale oder Besitzverpfändung: das Pignus. Die letztere geschieht entweder durch Uebertragung des Besitzes — dieß heißt depositum pignus (Paul. II 4 V 26, 4 V 5, 1 L. 36 D. de cond. indeb. 12, 6), oder durch conventionelle Gestattung der Apprehension, dieß heißt mit einem aus dem Griechischen entlehnten Kunstausdruck hypotheca, die altrömische Bezeichnung ist ebenfalls pignus, nur ohne den Zusatz depositum, wofür etwa suppositum oder oppositum steht: Isidor. orig. V 25 hypotheca est, cum res aliqua commendatur sine depositione pignoris, pacto vel cautione sola interveniente. R.]

r) L. 26 pr. D. de pign. act. (13, 7).

s) Antonin. L. 1 C. si in causa iud. (8, 22): — pignoris iure teneri — nam in vicem iustae obligationis succedit ex causa contractus auctoritas iubentis.

t) L. 4 D. de pignor. (20, 1).

war. Was durch bloßen Vertrag, ohne daß mit der Sache selbst etwas vorging, ja ohne ausdrückliche und wörtliche Erklärung geschehen konnte, wo es dann Sache der Interpretation war, zu entscheiden, ob die Absicht auf eine Verpfändung gegangen sei, das konnte man auch wohl, wo es gerecht und billig erschien, unabhängig von dem Willen der Parteien, ipso iure, eintreten lassen, es konnte mit gewissen Forderungen ein Pfandrecht durch Rechtsvorschrift verbunden werden, gleichviel ob die Absicht der Contrahenten darauf gerichtet gewesen oder nicht. Ein solches Pfandrecht beruht nicht auf Uebereinkunft, sondern auf Rechtsvorschrift, und man kann es daher gesetzliches Pfandrecht nennen, die Römer nennen es tacitum pignus, pignus tacite contractum, indem sie es mit dieser Bezeichnung an die ursprüngliche und regelmäßige Entstehung durch Vertrag anknüpfen.[u] Schon zur Zeit der früheren römischen Juristen war eine solche stillschweigende Hypothek angenommen für den Vermiether eines praedium urbanum an den in die Wohnung eingebrachten Sachen des Miethers (invecta et illata) wegen der Forderung aus dem Miethcontract.[v] Der Verpächter eines praedium rusticum hat dieses Recht nicht, er erhält an den invecta et illata nur durch Vertrag ein Pfandrecht, dieser Vertrag wurde nun der Regel nach auch auf die Früchte (ibi nata) erstreckt,[w] aber wenn dieß auch nicht geschehen war, so wurde stillschweigend ein Pfandrecht an denselben angenommen.[x] Nach einem Senatusconsult unter Marc Aurel (§ 232 Note b) soll der Darleiher für die Wiederherstellung eines Gebäudes an diesem eine stillschweigende Hypothek haben.[y] Wenn jemand mit dem Geld eines Pupillen Sachen für sich angeschafft hat, so hat der Pupill wegen des Ersatzes ein gesetzliches Pfandrecht an diesen Sachen.[z] Unter Caracalla trat auch der Fiscus, sowohl wegen der öffentlichen Abgaben als wegen seiner Contractsforderungen, in die Reihe der gesetzlichen Pfandgläubiger, und zwar auf bis dahin bei den stillschweigenden Hypotheken unerhörte Weise, nämlich mit einem Pfandrecht an allen Gütern seiner Schuldner.[aa] Auf diesem Weg, gesetzliche Pfandrechte an allen Gütern zu geben, fahren die späteren Gesetzgeber fort, jeder, welchem diese oder jene Forderung eine besondere Begünstigung zu verdienen scheint, ist mit einer solchen stillschweigenden Hypothek bei der Hand, unbekümmert, wie weit das führen könne, wenn man allen Forderungen gleichen Anspruchs auf Begünstigung ein gleiches Recht einräumen wollte, und unbekümmert um

---

u) Dig. XX 2 Cod. VIII 14: in quibus causis pignus vel hypotheca tacite contrahitur.

v) L. 2—4. 6. 7 § 1 L. 9 D. eod. Justinian verordnet, daß dieser Rechtssatz nicht bloß in Rom und Constantinopel und ihrem Weichbild, sondern im ganzen Reich gelten soll L. 7 C. eod.

w) L. 11 § 2 D. qui potior. (20, 4).

x) L. 7 pr. D. in quib. caus. p. tac. (20, 2). Dieß gilt von den Früchten des Grundstücks, die Erzeugnisse der eingebrachten Sachen (partus ancillarum und animalium) sind unter den invecta et illata selbst begriffen, der partus pignoris folgt der Mutter (vorausgesetzt, daß er ins Eigenthum des Verpfänders kommt) L. 1 C. de partu pignoris (8, 24) L. 29 § 1 D. de pignor. (20, 1).

y) L. 1 D. in quib. caus. p. tac. (20, 2).

z) L. 7 pr. D. qui potior. (20, 4) L. 6 C. de servo p. dato (7, 8).

aa) L. 1. 2 C. in quib. caus. p. tac. (8, 14). Daher sagt Hermogenian L. 46 § 3 D. de iure fisci (49, 14): fiscus semper habet ius pignoris, doch machen die Strafforderungen eine Ausnahme L. 17 D. eod. Vor jener exorbitanten Maßregel half man sich bei den Grundabgaben damit, sie für ein Onus des Grundstücks zu erklären, und unter diesem Titel die Rückstände von dem Nachfolger beizutreiben; so verfügten Marc Aurel und Verus L. 7 pr. D. de publican. (39, 4).

den nachtheiligen Einfluß, den eine große Anzahl solcher stillschweigender Hypotheken auf den Credit der Unterthanen und den Zweck des Pfandrechtsinstituts hat. So wurde zunächst den Unmündigen, Minderjährigen und Wahnsinnigen eine stillschweigende Hypothek an allen Gütern der Vormünder wegen der Vormundschaftsforderungen gegeben, dann den Kindern an dem Vermögen der Eltern wegen ihrer Ansprüche hinsichtlich gewisser Güter, die in der Verwaltung derselben sind, der Ehefrau an dem Vermögen des Manns wegen des Heirathsguts und einiger anderer Ansprüche, den Vermächtnißnehmern an den Erbgütern des mit dem Vermächtniß Onerirten, der Kirche an dem Vermögen des Emphyteuta wegen Deterioration der Emphyteusis u. s. f.[bb])

3) Ein eigenthümlicher Vorzug und Nachtheil der Hypothek ist die Möglichkeit einer Mehrheit von Pfandrechten an demselben Gegenstand; ein Vorzug, insofern sie dem Eigenthümer gestattet, von dem Credit, den ihm der Werth seines Guts giebt, vollständig Gebrauch zu machen, ein Nachtheil, indem sie auf der andern Seite jenen Credit schmälert, denn sie fügt zu dem Werth des Guts und dem Recht des Verpfänders, dessen der Creditgeber gewiß sein muß, noch eine weitere Bedingung hinzu, von der seine Sicherheit abhängt, nämlich daß der Werth nicht durch andere Pfandrechte schon erschöpft ist. Ob und wie weit aber das Gut schon verpfändet ist, das ist äußerlich nicht erkennbar, die Formlosigkeit der Verpfändung macht es um so schwieriger, sich davon Kenntniß zu verschaffen. Indirect ist gegen diesen Uebelstand gewirkt durch Strafandrohung gegen einen Schuldner, der eine Sache weiter verpfändet, ohne dem neuen Gläubiger von der früheren Verpfändung Kenntniß zu geben, er wird als Betrüger einer criminellen Anklage unterworfen;[cc]) eine directe Sicherung des Gläubigers enthält diese Maßregel nicht, und ist überdieß nicht anwendbar in Beziehung auf Pfandrechte, deren Existenz der Verpfänder ignoriren kann, wie z. B. gesetzliche und solche, die von seinem Vorgänger herrühren.

Wenn Mehrere ein Pfandrecht an derselben ganzen Sache haben, so können diese Pfandrechte einander vollkommen gleichstehen, so daß keiner gegen den Andern sein Recht geltend machen kann, und daher der Besitzende das wirksame Pfandrecht hat.[dd]) Dieß ist aber der seltnere Fall, welcher nur eintritt, wenn keiner der beiden Gründe, die einem Pfandrecht vor dem andern einen Vorzug (Priorität) geben können, wirksam wird.[ee]) Was zunächst den Inhalt dieses Vorzugs anlangt, so gewährt die Priorität 1) das Recht, über den Verkauf des Pfands zu entscheiden, also ihn zu beschleunigen oder zu verzögern, 2) das Recht, sich zuerst aus dem erhaltenen Preis zu befriedigen, dessen Ueberschuß erst den nachstehenden Gläubigern zufällt. Der nachstehende Pfandgläubiger hat indessen ein Mittel, sich das Recht des vorgehenden, auch wider dessen

---

bb) Die Entstehungsarten des Pfandrechts lassen sich für das neuere Recht so zusammenfassen. Es kann entstehen 1) durch den darauf gerichteten Willen dessen, dem der Gegenstand gehört, entweder durch Vertrag (pignus conventionale), theils verbunden mit dem Besitz (pignus im eigentlichen Sinn und ἀντίχρησις), theils ohne diesen (hypotheca) oder durch letzten Willen (p. testamentarium), alle diese Fälle begreift man durch den Ausdruck p. voluntarium; 2) ohne seinen Willen, entweder durch einen richterlichen Act, dahin gehört das (mit der Detention verbundene) p. praetorium, ferner das pignus in causa iudicati captum, oder durch Rechtsvorschrift, hypotheca tacita, alle diese Fälle faßt man unter dem Wort p. necessarium zusammen.

cc) L. 36 § 1 D. de pign. act. (13, 7).

dd) L. 10. 16 § 8 D. de pignor. (20, 1).

ee) Dig. XX 4: qui potiores in pignore vel hypotheca habeantur, et de his, qui in priorum creditorum locum succedunt. Cod. VIII 17: qui potiores in pignore habeantur. 18: de his, qui in priorum creditorum locum succedunt.

Willen, und dadurch namentlich jenen ersten Vortheil zu verschaffen (was z. B. wichtig sein kann, wenn der Umstand, ob jetzt oder später zum Verkauf geschritten wird, auf den zu erlangenden Preis Einfluß hat); dieses Mittel ist das ius offerendae pecuniae, es besteht darin, daß er den vorstehenden befriedigt, wodurch er für diese Summe in seine Stelle einrückt, wie wenn jener ihm freiwillig seine Forderung mit dem Pfandrecht cedirt hätte;[ff] wegen seiner eigenen Forderung bleibt der Offerent an der bisherigen Stelle, in Beziehung auf sie verbessert er seine Lage nur durch den Vortheil, der ihr aus dem früheren oder späteren Verkauf des Pfands erwachsen kann.[gg]

Für die Priorität ist es gleichgültig, ob das Pfandrecht Hypothek oder eigentliches Pignus ist, eben so giebt die Entstehungsart keinen Vorzug, das gesetzliche oder durch eine richterliche Verfügung entstandene Pfandrecht ist an sich nicht besser als das pignus voluntarium und umgekehrt, und auch ob die Verpfändung eine specielle oder generelle war, macht keinen Unterschied.[hh] Vor allem wird die Priorität durch das Alter bestimmt, das ältere Pfandrecht geht dem jüngeren vor.[ii] Darum ist der Zeitpunkt der Entstehung von großer Wichtigkeit; er bestimmt sich dadurch, daß die Existenz des Pfandrechts von drei Momenten abhängt: der Forderung, für die es bestimmt, dem Gegenstand, der dem Pfandrecht unterworfen ist, und dem Grund, auf dem es beruht. Erst mit der Existenz aller dieser Momente besteht das Pfandrecht, nicht früher. Was den Entstehungsgrund anlangt, so entsteht das gesetzliche Pfandrecht ohne einen besonderen Act in dem Augenblick, wo die beiden ersten Momente existiren, das pignus praetorium, indem der Gläubiger in den Besitz gelangt,[kk] das pignus in causa iudicati captum durch die Vollstreckung des Befehls, also die wirkliche Auspfändung.[ll] In Beziehung auf den Gegenstand kann das Pfandrecht nie früher datirt werden, als von dem Zeitpunkt, wo er ins Vermögen des Verpfänders kommt (vgl. aber Note b und k), und bei einer generellen Verpfändung von seinem Eintritt in das Genus. So beginnt das Pfandrecht aus der Verpfändung der invecta illata erst in dem Augenblick, wo die Sache eingebracht worden ist,[mm] und aus einer Verpfändung künftig zu erwerbender Sachen mit dem Augenblick der Erwerbung, hat jemand daher sein Vermögen zweien zu verschiedenen Zeiten verpfändet, so sind sie hinsichtlich der nachher erworbenen Sachen gleichzeitige Pfandgläubiger.[nn]

---

ff) L. 11 § 4 D. qui pot. (20, 4) L. 1. 5 C. eod. (8, 17). Das pignus in causa iudicati captum hat das Vorrecht, daß die Oblation nicht vor dem Verkauf zu geschehen braucht, sondern sofort zum Verkauf geschritten werden kann, vorausgesetzt nur, daß der ältere Gläubiger aus dem Kaufpreis seine Befriedigung erhält L. 15 § 5 D. de re iud. (42, 1).

gg) So giebt es noch andere Fälle, wo jemand in die Stelle eines Pfandgläubigers einrückt, wie wenn dieser Forderung und Pfandrecht cedirt hätte, obgleich eine Cession wirklich nicht geschehen ist. Vgl. unten § 251 Note ii kk.

hh) L. 6 C. qui pot. (8, 17) L. 2. 7 § 1 D. eod. (20, 4).

ii) — sicut prior es tempore, ita potior es iure L. 4. 8 C. L. 11 pr. D. eod.

kk) L. 26 § 1 D. de pign. act. (13, 7).

ll) L. 10 D. qui potior. (20, 4).

mm) L. 11 § 2 D. eod.

nn) L. 7 § 1 D. eod. L. 28 D. de iure fisci (49, 14). Auf den ersten Anblick scheint L. 21 pr. D. qui potior. (20, 4) eine Abweichung von diesem Princip zu enthalten: 1) A werden alle Güter, gegenwärtige und künftige, verpfändet; 2) später eben so B; 3) nachher erfolgt eine Novation der Forderung des A, mit Wiederholung der Verpfändung. Streng genommen, wäre das Pfandrecht des A das jüngere, sein älteres durch die Novation untergegangen L. 18 D. de novat. (46, 2). Aber die Novation wird so behandelt, als hätte er sich selbst sein früheres Pfandrecht abgetreten, succedit in suum locum L. 3 pr. 12 § 5 D. qui potior. (20, 4) L. 11 § 1 D. de pign. act. (13, 7). Er hat also für die neue Forderung das frühere Pfandrecht,

Dieser Vorzug des Alters erscheint da als unbillig, wo durch den Credit des neuen Gläubigers das Object selbst erhalten worden ist; der Pfandgläubiger, cuius pecunia salvam fecit totius pignoris causam, der also z. B. zur Wiederherstellung der Sache Geld geliehen hat, geht nach dem Verhältniß seines Antheils an dem jetzigen Zustand der Sache den älteren vor. Um so mehr den gleichzeitigen, wenn er zur Anschaffung der Sache geliehen hat, die mit ihrer Anschaffung seinem und dem Pfandrecht solcher, denen vorher schon das Vermögen verpfändet war, unterworfen wird.[oo]) Bei diesem in der Natur der Sache gegründeten Vorzug blieben die Gesetzgeber nicht stehen, sie stellten noch andere privilegirte Pfandrechte auf. Das Pfandrecht des Fiscus wegen Contractsforderungen soll nur vor gleichzeitigen einen Vorzug haben,[pp]) das wegen der öffentlichen Abgaben aber selbst vor den älteren,[qq]) und Justinian hat auch der gesetzlichen Hypothek der Frau an dem Vermögen des Manns ein solches Privilegium vor den älteren Pfandgläubigern gegeben.[rr])

Auf dem Punkt der Collision der Pfandrechte zeigte sich, als die Verschuldung namentlich des Landvolks zunahm, der gefährliche Einfluß der von den früheren Formen entkleideten Verpfändung recht sichtbar. In dem kleinen Kreis, für den die hypothekarische Verpfändung ursprünglich eingeführt war (§ 251), zeigten sich nur Vortheile von dieser Maßregel, auch ihre weitere Ausdehnung war anfangs von keinen erheblichen Nachtheilen begleitet. Als die Umstände sich änderten, als die Verpfändungen des ganzen Vermögens immer häufiger wurden, und sich bei denselben Schuldnern vervielfachten, da jeder Gläubiger der Sicherheit wegen und damit ihm im schlimmsten Fall etwas wenigstens übrig bliebe, sich ein solches ausgedehntes Pfandrecht zu verschaffen suchte, als es ein gewöhnliches Ereigniß wurde, daß bei einem insolventen Schuldner eine Anzahl von Gläubigern auf dieselben Pfänder Ansprüche erhoben, und sich unter einander Pfandrecht oder Vorzug bestritten, da offenbarte sich das Bedenkliche der ganz formlosen Entstehung eines Rechts, das seine Wirkung nicht bloß unter den Paciscenten, sondern gegen Dritte zu äußern bestimmt war. Wie keiner der späteren Gesetzgeber das Unwesen der gesetzlichen Hypotheken zu mindern bedacht war, sie vergrößerten es vielmehr, so wußte keiner durch Einführung einer passenden Form Uebelstände zu beseitigen oder zu verringern, die zu ihrer Zeit mächtig genug hervortraten. Nur die Regierung Leo's I macht eine Ausnahme, unter der zwar keine durchgreifende Bestimmung darüber gemacht, aber doch für einen Punkt wenigstens eine Nachhülfe gewährt wurde.[ss]) Contracte, verordnet Leo, sollen dadurch, daß die Urkunde ohne Zuziehung anderer Personen aufgesetzt worden ist, an ihrer Wirkung nichts verlieren, sofern die persönliche Klage dadurch begründet werden soll. Soll aber durch eine solche Urkunde ein Pfandrecht begründet werden, so

---

nicht bloß an den Sachen, die schon zur Zeit der ersten Verpfändung im Eigenthum des Schuldners waren, sondern auch an den nachher erworbenen. „nachher": heißt dieß „bis jetzt", so ist die Entscheidung gegen jenes Princip, aber der Jurist erklärt sich darüber gar nicht, er wollte nur sagen, das für die neue Forderung erhaltene Pfandrecht ist nicht bloß das, welches in dem Zeitpunkt 1 schon wirklich bestand, sondern A hat aus 3 dieselben Rechte, die er aus 1 hatte, sein Pfandrecht an den vor und nach 1 erworbenen Sachen steht so, wie wenn 3 gar nicht eingetreten wäre.

oo) L. 5. 6. 21 § 1 D. qui potior. (20, 4) L. 7 C. eod. (8, 17).

pp) L. 28 D. de iure fisci (49, 14).

qq) L. 1 C. si propter publ. pensit. (4, 46).

rr) L. 12 § 1 C. qui potior. (8, 17).

ss) Es ist ein Gesetz von 469: L. 11 C. qui potior. (8, 17), von dem ein anderes Stück (über die Stipulationsformen) L. 10 C. de contr. stipul. (8, 37) vorkommt.

soll dieses einem durch eine öffentliche Urkunde (instrumentis publice confectis), auch wenn diese ein späteres Datum hat, schlechterdings nachstehen, nur soll die Beiziehung und Unterschrift von wenigstens drei achtbaren Männern der Privaturkunde die Wirkung einer öffentlichen geben: tunc enim (idiochira) quasi publice confecta accipiuntur.

Hier ist so viel gewiß, daß der formlosen Verpfändung die Wirkung nicht entzogen, sondern nur gegenüber gewissen andern Verpfändungen geschmälert ist. Ueber den positiven Inhalt des Gesetzes aber sind zwei Ansichten möglich. Die eine ist: das Gesetz ist veranlaßt durch die Unsicherheit des Altersbeweises bei einer privatim und unter vier Augen geschehenen Verpfändung, durch Einverständniß zwischen Verpfänder und Gläubiger kann der Pfandvertrag zurückdatirt werden. Darum hat der Kaiser festgesetzt, wenn ein Gläubiger das Alter seines Pfandrechts durch ein instrumentum publicum vel quasi beweist, der andere dieß nicht vermag, so soll jenes den Altersvorzug haben. Dieser Ansicht steht entgegen, daß die Beschränkung auf die Altersfrage nicht aus dem Gesetz hervorgeht, daß vielmehr selbst der Gegensatz zur Geltendmachung der Forderung (bei der das Alter keine Rolle spielt) auf ein beiden Fällen gemeinsames Moment deutet, und dieß kann kein anderes sein, als die Existenz der Verpfändung selbst nebst Umfang (nicht bloß ihr Alter): das durch ein instrumentum publicum vel quasi begründete Pfandrecht (s. g. pignus publicum, quasi publicum) geht schlechthin dem s. g. pignus privatum vor, weil seine Existenz selbst beglaubigter ist, als die des letzteren; dieß ist die zweite Ansicht. Nach dieser zweiten Ansicht tritt der Vorzug daher nicht bloß da ein, wo sonst unter zwei Pfandrechten das Alter entscheiden würde, sondern auch das privilegirte pignus privatum weicht dem nichtprivilegirten p. publicum. Hier entsteht aber erst noch die Frage, ob sich dieser Grund des Vorzugs auf die Collision aller Pfandrechte erstrecke. Das Gesetz spricht offenbar bloß von dem durch Vertrag begründeten Pfandrecht, nur ist es auch von dem stillschweigenden zu verstehen, wenn die mit gesetzlichem Pfandrecht versehene Forderung auf Vertrag beruht, gegenüber anderen Pfandrechten entscheiden die gewöhnlichen Regeln des Alters und Privilegiums.[tt])

CCLI. 4) Die Klagen aus dem Pfandrecht, die nun angegeben werden sollen, führen uns auf die Geschichte der Hypothek zurück. Nicht auf einmal hat dieses Institut die Wirkung und die ausgedehnte Anwendung erhalten, in der es bisher dargestellt worden ist.

Die erste Einführung der Hypothek erinnert an die verschiedenartigen Versuche, die seit dem licinischen Gesetz gemacht wurden, den ärmeren Theil des Volks dem Landbau zu erhalten oder zurückzugeben (Bd. I § 57. 72). Sei es aus eigenem Ermessen oder auf äußeren Antrieb irgend einer Art, ein

---

tt) Z. B. der Eigenthümer des Grundstücks hat dieses dem A in einer Privaturkunde verpfändet, später hat er die Vormundschaft über B übernommen, zuletzt hat C von ihm eine Hypothek durch ein instrumentum publicum erhalten. Die Rangordnung dieser drei Pfandgläubiger wäre abgesehen von dem leonischen Gesetz: A, B, C. Nach diesem Gesetz soll C dem A vorgehen, in Beziehung auf die Stellung des B ändert das Gesetz nichts. Setzen wir nun, die Forderung des A beträgt 1000, die des B 2000, die des C ebenfalls 2000, so ist nun C mit 1000 der erste Gläubiger (an der Stelle des A), B der zweite, C mit seinen übrigen 1000 der dritte, A der vierte. Dieser Ausweg wird in L. 16 D. qui potior. (20, 4) für den Fall, daß C den Vorrang vor A durch res iudicata erlangt hätte, verworfen, weil er sich auf diesen Vorrang nicht gegen B berufen kann, für den die res iudicata keine Wirkung hat; dieser Einwand steht hier nicht entgegen, wo der Vorrang sich auf ein Gesetz gründet.

Prätor setzte in sein Edict, der Pächter solle dem Verpächter durch bloßen Vertrag das, was er in das Gut einbringen werde, invecta illata, für den Pachtzins verpfänden können.[a] Wir finden für diesen Fall zwei Rechtsmittel von dem Prätor gegeben, mit denen der Gläubiger den Besitz des Pfands, um es zu verkaufen, sich verschaffen kann, ein interdictum adipiscendae possessionis und eine in rem actio, sicher dürfen wir annehmen, daß jenes das frühere war, zu dessen Einführung nach dem letzteren schwerlich ein Bedürfniß sich gezeigt haben würde.

Wenn der Prätor seinen neuen Rechtssatz, wie es üblich war, dem bestehenden Recht anschließen wollte, so lag das einfache Pignus am nächsten, bei dem der Gläubiger durch den Besitz, also durch prätorische Rechtsmittel, die possessorischen Interdicte, geschützt war. Indem nun der Prätor dem Gläubiger in Folge jenes Pactums dasselbe Recht ohne den Besitz zuerkannte, das der creditor pigneraticius durch den Besitz hat, behandelte er den Verpfänder so, wie wenn er den Besitz des Pfands überliefert und (was ja nicht ungewöhnlich war) als Precarium zurückerhalten hätte. Wie der Faustpfandgläubiger in diesem Fall das interdictum de precario (recuperandae possessionis) hatte, so gab er dem hypothekarischen ein übrigens diesem nachgebildetes interdictum adipiscendae possessionis. Dieß ist das interdictum salvianum.[b] Ist diese Ableitung richtig, so wird auch dieses Interdict nur gegen den Verpfänder (und seine Erben) angestellt werden können, nicht, wie es eigentlich der Natur eines interdictum adipiscendae possessionis ganz angemessen wäre, auch gegen einen dritten Besitzer, und dieß wird denn auch mit größter Bestimmtheit gesagt.[c] Nur muß eine Collision zwischen zwei angeblichen Pfandgläubigern natürlich

---

a) S. § 249. Die hypothekarische Verpfändung findet sich, früher als in Rom, im attischen Recht, auch da neben dem Faustpfand und einem der römischen Fiducia analogen Geschäft, Meier und Schömann att. Proceß S. 504 ff. So fanden sie die Römer in den Ländern griechischen Rechts vor Cic. fam. XIII 56. Denkbar ist es, daß gleich auf die erste Einführung des Instituts in die städtischen Edicte jenes Vorbild mitwirkte, jedenfalls scheint dieß bei seiner späteren Erweiterung der Fall gewesen zu sein, wobei denn auch der Name ὑποθῆκαι für diese Verpfändungen ein technischer des römischen Rechts wurde. Uebrigens ist die erste Einführung in das sechste Jahrhundert zu setzen, schon bei Cato kommt jene Hypothek an den Illaten vor, de R. R. 146: — donicum solutum erit aut ita satis datum erit, quae in fundo illata erunt, pigneri sunto — 149: — pecus et familia, quae illic erit, pigneri sunto. [Vgl. hiermit § 250 Note q.]

b) Gai. IV. 147: Interdictum quoque quod appellatur salvianum, adipiscendae possessionis comparatum est, eoque utitur dominus fundi de rebus coloni, quas is pro mercedibus fundi pignori futuras pepigisset. Dig. XLIII 33: de salviano interdicto. Cod. VIII 9: de precario et salviano interdicto. Diese Zusammenstellung im Codextitel kann den Grund haben, daß auch das interdictum de precario früher am häufigsten bei einem Pfand vorkam, aber auch den, daß das zweite nur eine Analogie des ersten ist. Beide Erklärungen setzen voraus, daß die Zusammenstellung eine überlieferte, nicht willkürlich von den Compilatoren erfundene ist. Aus dem Umstand, daß das interdictum salvianum die Reihe schließt, darf nicht (mit Huschke über das salv. Int., Studien I 4) auf das Alter desselben geschlossen werden, die Ordnung der Interdicte in den Pandekten (und im Edictum perpetuum) ist eine sachliche.

c) Gordian. L. 1 C. de precar. (8, 9): — id enim (salv. int.) tantummodo adversus conductorem debitoremve competit — der Zusatz debitoremve hat nicht den Sinn, daß es gegen jeden Verpfänder (auch außer dem Fall eines Pachts) stattfindet, aber er giebt die Qualität an, die den Pächter dem Interdict unterwirft, und den, der die Sache von dem Verpfänder gekauft hat, von der Beklagteneigenschaft ausschließt. Huschke a. a. O. glaubt, Gordian verwerfe das Interdict bloß, weil die Verpfändung nicht von einem Pächter geschehen sei, aber dieß läßt das Rescript vielmehr ganz dahingestellt, und darum verweist es auch nicht bloß auf die actio quasi serviana, sondern nennt auch die serviana, die bei der Verpfändung durch einen Pächter eintritt. Der zu entscheidende Fall wird denn auch nur so bezeichnet: der Debitor hat die verpfändeten Sachen verkauft, für welche Schuld die Verpfändung geschah, wird ignorirt.

auch durch das Interdict entschieden, also dieses gegen den als Pfandgläubiger Besitzenden angestellt werden können.[d])

Dieser Schutz war mithin unter Umständen sehr unzureichend,[e]) es schien passend, einen Schritt weiter zu gehen, und den Pfandgläubiger so zu behandeln, wie wenn er die Sache durch Fiducia erhalten hätte. Die in rem actio, die er in diesem Fall als Eigenthümer haben würde, erhielt er von dem Prätor als utilis; dieß ist die serviana actio, welche eben so wie das Interdict nur für jenen einzelnen Fall der Illatenverpfändung gegeben wurde.[f]) Daß die Klage eine utilis actio war, ist gewiß,[g]) wahrscheinlich war sie aber auch ficticia, so daß die Fiction der Mancipation oder In Jure Cessio in die Formel gesetzt, und der Richter ausdrücklich angewiesen wurde, so zu entscheiden, wie wenn der Gläubiger die Sache durch Fiducia erhalten würde.[h])

Wie kurz oder wie lange es währte, bis die hypothekarische Verpfändung über diesen einzelnen Fall hinaus erstreckt wurde, ist nicht zu bestimmen. Diese Ausdehnung geschah nicht so, daß die Anwendung des interdictum salvianum

---

d) Iulian. L. 1 § 1 D. de salv. interd. (43, 33). Die Worte „adversus extraneum" heißen: gegen einen Andern, der nicht Pfandgläubiger ist, wer dieser Andere sei, wird nicht gesagt. Man glaubt, Julian gebe das Interdictum in L. 1 pr. eod. als utile gegen den Käufer. An sich wäre es nicht undenkbar, daß manche Juristen die ursprüngliche Beschränkung abzuwerfen geneigt gewesen wären, die Stelle selbst aber enthält dieß nicht, sie sagt nur, das Interdict finde Statt wegen des von der verpfändeten Sclavin bei dem Käufer gebornen Kindes, nicht gegen wen es stattfinde. Ja diese Entscheidung läßt sich, wie es scheint, nur rechtfertigen, wenn der Verpfänder als Beklagter gemeint ist L. 29 § 1 D. de pignor. (20, 1), und zwar ist es wieder die Analogie des Precariums, die uns hier begegnet. Wer eine Sclavin precario hat, hat auch so das Kind, das sie bei ihm gebiert L. 10 D. de precar. (43, 26). In unserem Fall haftet der Verpfänder wie ein Precarist, der dolo fecit, ut habere desineret L. 2 pr. D. eod. — Was Theophilus (IV 15, 3) will, wenn er sagt, das Interdict habe der Verpächter gegen den Pächter, und fortfährt: wenn dieser nicht zahlt, wird es gegen jeden Besitzer angestellt, ist nicht zu sagen; seine Darstellung wenigens ist jedenfalls ein Fehler.

e) [Eine von der obigen völlig abweichende Ansicht über das Salvianum hat Rudorff Zeitschr. für gesch. RW. XIII 4 S. 209 aufgestellt. Er hält es für ein rein possessorisches (§ 225 Note a) und prohibitorisches Interdict mit folgender Formel: si is homo, quo de agitur, est ex his rebus, de quibus inter te et conductorem convenit, ut, quae in eum fundum, q. d. a., inducta, illata, ibi nata factave essent, ea pignori tibi pro mercede eius fundi essent, neque ea merces tibi soluta eove nomine satisfactum est, aut per te stat, quo minus solvatur, ita quo minus eum ducas, vim fieri veto. Es hatte daher nur den strengen Sponsionenproceß (§ 169), keine arbitraria formula auf Restitution, es ging gleich dem Interdictum Utrubi gegen jeden, welcher sich der Wegführung (ducere) der Illaten mit Gewalt widersetzt. Dagegen erlosch es durch absichtliches Aufgeben des Besitzanspruches, selbst wenn das Pfandrecht vorbehalten war: L. 4 § 1 D. q. m. p. (20, 6), woraus L. 1 C. de precar. (8, 9) zu erklären ist („te non remittente pignus"). Bei städtischen Invecten hatte der Vermiether das Recht der Perclusion, hier bedurfte vielmehr der Miether ein Interdict (de migrando). Bei andern, nicht stillschweigenden und daher seltener vorkommenden Verpfändungen half der Prätor durch Interdicte (auctoritates) für jeden einzelnen Fall (Paul. V 6. 16 L. 3 C. de pign. 8, 13 L. 52 § 2 D. de A. P.), ohne ein ständiges Formular im Edict zu proponiren. Abweichend construirt die Formel Keller in Richter's Jahrbb. 1847. S. 977. R.]

f) § 7 I. de action. (4, 6). Daß die Klage den Namen von einem Prätor Servius habe, ist eine weiter nicht begründete Voraussetzung, ganz aus der Luft gegriffen ist die Meinung, dieser Prätor sei der Jurist Servius Sulpicius gewesen.

g) Julian nennt sie so L. 1 § 1 D. de salv. interd. (43, 33), vgl. L. 16 D. de serv. (8, 1).

h) Auch die serviana actio des bonorum emtor ist ficticia Gai. IV, 35. Bestandtheile der formula serviana werden erwähnt in L. 6 C. si al. res pign. (8, 15): — cum serviana etiam actio declaret evidenter, iure pignoris teneri non posse, nisi quae obligantis *in bonis* fuerint — vgl. L. 3 pr. D. de pignor. (20, 1), dann in L. 19 C. de usur. (4, 32): — cum serviana etiam actio manifeste declaret, pignoris inhiberi persecutionem, vel *solutis pecuniis* vel *si per creditorem steterit quo minus solvantur* —.

erweitert worden wäre, dieſes vielmehr blieb auf jenen Fall beſchränkt, für den es eingeführt worden war,[i]) ſondern durch die Erweiterung der utilis in rem actio. Sie heißt in dieſer Ausdehnung quasi serviana actio, serviana utilis, hypothecaria.[k]) Sie iſt eine vindicatio pignoris, wo eine Sache oder ein Recht an derſelben, das eine Vindication der Sache mit ſich bringt, z. B. Emphyteuſis, der Gegenſtand des Pfandrechts iſt,[l]) bei der Verpfändung einer Forderung hat der Gläubiger die perſönliche Klage ſeines Verpfänders als utilis, bei der Afterverpfändung eben ſo ſeine hypothecaria actio.[m]) In den letzteren Fällen wurde die Formel wahrſcheinlich eingerichtet wie bei einem Procurator (§ 166 a. E.),[n]) ſchwerlich in den erſteren, wo ſie nach allen Nachrichten eine ziemlich ſpecielle Angabe der Erforderniſſe des Pfandrechts enthielt, nämlich eine Erwähnung der Verpfändung, daß die Sache in bonis des Verpfänders geweſen, und daß der Gläubiger nicht befriedigt ſei.[o]) Alles dieß hätte, wie es bei der Serviana urſprünglich der Fall geweſen zu ſein ſcheint, mit einer Fiction des Eigenthums verbunden ſein können, wahrſcheinlich aber wurde die Form einer in factum actio gewählt, die Intentio auf das beſtellte Pfand gerichtet, und durch dieſe Form die Klage allen Fällen, auch dem Pfandrecht an Sachen, an denen ein quiritiſches Eigenthum nicht möglich war, angepaßt.[p])

i) Alle Stellen, die ſeiner gedenken, erwähnen es nur für dieſen Fall, der Zuſatz debitoremve in L. 1 C. de precar. (Note c) kann nach dem Zuſammenhang eine ſolche Ausdehnung nicht erhalten, und Paul. V 6, 16 (den man auch dafür angeführt hat) ſagt, der Grundſatz, daß gewiſſe Sachen nicht unter einer generellen Verpfändung begriffen würden, gelte auch für das Interdict, alſo auch für die Verpfändung der invecta illata. Huſchke Studien S. 355 ff.

k) § 7 I. de action. (4, 6) L. 13 § 1 D. ad S. C. vellei. (16, 1) L. 1 C. de precar. (8, 9). Die römiſchen Juriſten brauchen indeſſen nicht ſelten auch den Namen serviana als allgemeinen für die hypothekariſche Klage, Büchel civilr. Erörterungen I 2 S. 110. Auch pigneraticia (in rem) actio (unterſchieden von der pigneraticia in personam actio aus dem Pfandcontract) wird ſie genannt, z. B. L. 3 § 3 D. ad exhib. (10, 4) L. 30 § 1 D. de exc. rei iud. (44, 2) u. a., utilis pigneraticia für den Fall der (wirkſamen) Verpfändung durch einen Nichteigenthümer (§ 250 Note d).

l) Die vindicatio pignoris richtet ſich in ihrer Kraft nach der Vindication, die dem Verpfänder zuſtand L. 18 D. de pignor. (20, 1): Si ab eo, qui publiciana uti potuit, quia dominium non habuit, pignori accepi, sic tuetur me per servianam praetor, quemadmodum debitorem per publicianam. *m*) L. 13 § 2 L. 20 D. eod. L. 4 C. quae res pign. (8, 16.

n) Wie es der Fall war bei der actio rutiliana des bonorum emtor Gai. IV 35.

o) L. 13 § 1 D. ad S. C. vell. (16, 1): — convenisse de pignoribus nec solutam esse pecuniam. L. 15 § 1 D. de pignor. (20, 1) L. 1 § 5 D. de migrando (43, 32) L. 30 § 1 D. de exc. rei iud. (44, 2) L. 1 C. si pign. conv. (8, 32) Note h.

p) L. 11 § 1 D. de pign. (20, 1) L. 1 C. si pign. conv. (8, 32): — intentio dati pignoris neque redditae pecuniae — Ribbentrop comm. ad L. 16 § 5 D. de pignor. etc. (1824) § 4. Duroi Archiv für civil. Pr. VI S. 402. Huſchke Studien S. 377. [Ausführlich behandelt die Conception der Serviana Rudorff a. a. O. S. 206 f. mit folgenden Reſultaten: die Formel war in factum und in rem zugleich. Sie begann mit der Angabe der Thatſachen, welche die Bedingungen (condiciones L. 13 § 4 D. de pign. 20, 1) des Salvianum und ſeiner Sponſionen bildeten. An dieſen factiſchen Theil ſchloß ſich eine intentio in rem, aber nicht, wie bei der Fiducia, aus dem quiritiſchen Recht des Klägers, ſondern aus dem in bonis (L. 49 D. de V. S. 50, 16) des Verpfänders und zwar ordentlicher Weiſe (L. 5 C. si al. res 8, 15) zur Zeit der Verpfändung. Der Schluß der Formel enthielt ein von dem Salvianiſchen Sponſionenproceß völlig abweichendes Arbitrium auf Reſtitution oder Befriedigung. So umfaßte die Formel die ganze Cauſa Pignoris, das Poſſeſſorium wie das Petitorium und machte das erſte faſt entbehrlich. Daher ſteht ihr auch die exceptio rei iudicatae aus dem Salvianum entgegen (L. 1 § 1 D. de Salv. 43, 33, vgl. mit L. 16 D. de pign. 20, 1 und nicht entgegen L. 2 D. de Salv. 43, 33), jenachdem in ihr über die beiden Rechtsmitteln gemeinſame factiſche oder über die der Serviana eigenthümliche Rechtsfrage geſtritten wird. Die Wiederherſtellung der Formel haben in verſchiedener Weiſe verſucht: Keller in Richter's Jahrbb. 1847 S. 981, Bachofen das röm. Pfandrecht S. 11—30, Huſchke Zeitſchrift für Civilrecht und Proceß XX S. 168. R.]

Diese hypothekarische Klage hat die Eigenschaften der Rei Vindicatio in Beziehung auf den Beklagten und auf den Gegenstand.[q]) Doch treten einige Modificationen ein durch den Zweck, den die Vindication bei dem Gläubiger hat. Die Klage soll ihm seine Befriedigung verschaffen, er hat sie daher nur, wenn entweder die Zeit, wo er diese fordern kann, gekommen ist, oder seine Sicherung schon vorher erheischt, daß die Sache dem Besitzer entzogen werde,[r]) ferner kann der Beklagte die Klage durch Befriedigung des Klägers abwenden,[s]) endlich was die Früchte der Sache anlangt, so geht die Klage auch auf diese, wie die Rei Vindicatio, aber mit dem Unterschied, daß der Kläger ein Interesse haben muß, sie zu erhalten, was nur der Fall sein wird, wenn die Sache selbst nicht zu seiner Befriedigung hinreicht.[t]) Daß der Beklagte selbst Pfandgläubiger ist, schützt ihn nicht, wenn er ein dem des Klägers nachstehendes Pfandrecht hat, nur in einem Fall wird durch eine billige Rücksicht, welche die Ueberhandnahme der Verpfändungen des ganzen Vermögens hervorgerufen hat, ihm geholfen. Wenn dem früheren Pfandgläubiger Sachen speciell und nebenher alle Güter verpfändet sind, aus denen dann später ein Anderer eine Sache zum Pfand erhalten hat, so kann dieser verlangen, daß jener an die speciell verpfändeten Sachen, wenn sie zu seiner Befriedigung hinreichen, sich halte, und nicht ohne Noth ihn um sein Pfand bringe.[u])

5) Die Aufhebung des Pfandnexus[v]) geschieht durch den Untergang des Gegenstands (der Sache oder des verpfändeten Rechts),[w]) durch Ersitzung der Freiheit, die aber nicht schon durch die gewöhnliche Usucapion (wie dieß bei dem fiduciarischen Pfandrecht der Fall ist),[x]) sondern dadurch geschieht, daß jemand zehn Jahre inter praesentes, zwanzig Jahre inter absentes mit einem Titel, oder ohne Titel dreißig Jahre die Sache besitzt, und in beiden Fällen in bona fide, d. h. mit der Existenz des Pfandrechts unbekannt ist,[y]) — ferner durch

---

q) L. 16 § 3 D. de pignor. (20, 1): In vindicatione pignoris quaeritur, an rem, de qua actum est, possideat is, cum quo actum est. Nam si non possideat nec dolo fecerit, quo minus possideat, absolvi debet. Si vero possideat et aut pecuniam solvat, aut rem restituat, aeque absolvendus est, si vero neutrum horum faciat, condemnatio sequetur. Sed si velit restituere nec possit, forte quod res abest et longe est, vel in provinciis, solet cautionibus res explicari, nam si caverit, se restituturum, absolvitur. Sin vero dolo quidem desiit possidere, summa autem ope nisus non possit rem ipsam restituere, tanti condemnabitur, quanti actor in litem iuraverit, sicut in ceteris in rem actionibus —.

r) L. 14 pr. D. de pignor. (20, 1) L. 5 § 1 D. quib. mod. pign. (20, 6).

s) Note q L. 12 § 1 D. quib. mod. pign. (20, 6). Ja nach Justinian's Nov. 4 c. 2 kann ein dritter Besitzer des Pfands verlangen, daß der Gläubiger zuerst seine Befriedigung von denen suche, die ihm persönlich verpflichtet sind (Schuldner, Bürgen): er hat die exceptio excussionis personalis, wie man dieses Recht zu nennen pflegt.

t) L. 16 § 4 D. de pignor. (20, 1). Man muß zwei Fälle wohl unterscheiden: 1) Früchte, die dem Pfandrecht selbst unterworfen sind, indem die Verpfändung sich auf sie erstreckt, und die daher ein selbständiges Object der hypothekarischen Klage bilden, 2) Früchte, die nur Accessionen der Hypothecaria auf die Hauptsache sind. Hier ist allein von den letzteren die Rede.

u) L. 2 C. de pignor. (8, 13). Die Neuern pflegen dieß die exceptio excussionis realis zu nennen.

v) Dig. XX 6: quibus modis pignus vel hypotheca solvitur.

w) L. 8 pr. D. eod. L. 40 § 2 D. de pign. act. (13, 7) L. 29 § 2 L. 31 D. de pignor. (20, 1).

x) L. 44 § 5 D. de usurp. (41, 3).

y) Cod. VII 36: si adversus creditorem praescriptio opponitur. L. 8 pr. § 1 C. de praescr. xxx annor. (7, 39) L. 5 § 1 D. de div. temp. praescr. (44, 3). Fehlt es an der bona fides (und dieß ist stets bei dem Verpfänder anzunehmen), so verjährt durch den Ablauf von dreißig (gegenüber dem Schuldner oder einem nachstehenden Pfandgläubiger beim Leben des Schuldners von vierzig) Jahren nur die hypothekarische Klage, das Pfandrecht selbst ist nicht erloschen.

Verzicht (remissio pignoris),[z]) endlich durch Aufhebung der Forderung, durch Confusion, durch Verkauf des Pfands von dem dazu berechtigten Gläubiger. Diese drei letzten Gründe sollen nun noch näher betrachtet werden.

Das Pfandrecht setzt stets eine Forderung des Pfandberechtigten voraus, zu deren Sicherung es bestimmt ist, von welcher Art auch übrigens die Forderung sein möge.[aa]) Daher muß mit der Tilgung der Forderung auch das Pfandrecht erlöschen, und zwar mit jeder Tilgung, nicht bloß der Zahlung.[bb]) Zwar in der Formel der hypothekarischen Klage ist nur die Zahlung als Hinderniß derselben erwähnt, von dieser Beschränkung indessen machen die römischen Juristen nur da Gebrauch, wo jene Consequenz der accessorischen Natur des Pfandrechts unter individuellen Umständen eine Unbilligkeit zum Resultat haben würde.[cc]) Die Forderung muß ganz aufgehoben sein, sowohl dem Grad nach: nicht bloß die Klage,[dd]) als auch dem Gegenstand nach, eine theilweise Tilgung hebt nicht auch das Pfandrecht zum Theil, denn dieses ist untheilbar, auch für den kleinsten Rückstand haftet noch das ganze Pfand.[ee]) Dieß gilt natürlich von der Forderung, für welche das Pfand bestimmt ist, aber auch von ihren Accessionen, wenn es solche sind, auf welche die Klage aus der Forderung mitgerichtet ist.[ff]) Die Existenz anderer Forderungen des Gläubigers gegen den Schuldner hindert die Erlöschung des Pfandrechts nicht, wenn nur die, für die es bestimmt war, vollständig getilgt ist, doch hat der Gläubiger die exceptio doli gegen den Schuldner (nicht gegen einen Andern), der ihm das Pfand abfordert, ehe er seine übrigen Schulden an ihn bezahlt hat.[gg])

Niemand kann ein Pfandrecht an seiner eigenen Sache haben, darum muß das Pfandrecht untergehen, so wie es mit dem Eigenthum in derselben Person zusammentrifft.[hh]) Jener Satz hat einen formellen Grund darin, daß das Pfandrecht ein ius in re aliena ist, der materielle liegt in dem Umstand, daß dem Gläubiger seine eigene Sache die Sicherheit, um die es sich handelt, nicht gewähren kann, daß also der Zweck des Pfandrechts durch eines an der eigenen Sache nicht erreicht werden würde. In Beziehung auf diesen zweiten Grund lassen sich Verhältnisse denken, wo er wegfällt, indem es dem Eigenthümer von Interesse sein kann, die Rechte eines Pfandgläubigers zu haben. So wäre er als Pfandgläubiger vielleicht (nämlich wenn er der prior creditor wäre) gegen andere Pfandgläubiger geschützt, als Eigenthümer ist er es nicht. Wenn nun

---

z) Cod. VIII 25: de remissione pignoris L. 4. 8. 12 pr. D. quib. mod. p. solv. (20, 6).

aa) L. 5 pr. D. de pignor. (20, 1) Cod. VIII 32: si pignoris conventionem numeratio pecuniae secuta non fuerit.

bb) L. 43 D. de solut. 46, 3) L. 11 § 1. 2 D. de pign. act. (13, 7). Bei der Zahlung ist es genug, daß der Schuldner dazu bereit war, und es nur an dem Gläubiger lag, daß sie nicht wirklich erfolgte L. 6 pr. § 1 D. quib. mod. p. solv. (20, 6).

cc) L. 59 pr. D. ad S. C. trebell. (36, 1) L. 13 § 1 D. ad S. C. vellei. (16, 1).

dd) L. 2 C. de luit. pign. (8, 30): Intelligere debes vincula pignoris durare personali actione submota. L. 14 § 1 D. de pignor. (20, 1), vgl. § 208 Note pp.

ee) L. 19 D. de pignor. L. 2 C. debitorem vendit. p. (8, 28) Cod. VIII 31: si unus ex pluribus heredibus creditoris et debitoris partem suam debiti solverit vel acceperit.

ff) So haftet das Pfand für die Zinsen unter dieser Voraussetzung L. 8 § 5 D. de pign. act. (13, 7), wenn sie dagegen auf einer besonderen Stipulation beruhen, nur insofern es auch für sie mit bestellt ist L. 11 § 3 D. eod. L. 13 § 6 D. de pignor. (20, 1).

gg) Cod. VIII 26: etiam ob chirographariam pecuniam pignus retineri posse. Dieses Retentionsrecht (kein Pfandrecht) hat zu seiner factischen Voraussetzung, daß der Gläubiger im Besitz des Pfands ist (si in possessione fueris constitutus), daß es bloß dem Gläubiger zustehe, der von Anfang an im Besitz war (dem Faustpfandgläubiger), davon enthält das Gesetz kein Wort.

hh) L. 45 pr. D. de R. I. (50, 17) L. 29 D. de pign. act. (13, 7).

einem Pfandgläubiger der Erwerb des Eigenthums und die damit verbundene formell nothwendige Confusion des Pfandrechts nachtheilig wird, so können die Umstände von der Art sein, daß eine Hülfe gegen diesen Nachtheil eine Anforderung der Gerechtigkeit ist, z. B. der Pfandgläubiger hat von dem Schuldner das Pfand gekauft, damit der ihm vorgehende mit dem Kaufpreis abgefunden werde, dieß ist geschehen, nun treten aber andere Gläubiger auf, die durch die Befriedigung des ersten und die Confusion bei dem Käufer die alleinigen Pfandberechtigten sind. Dieser Erfolg ist offenbar im Widerspruch mit der Intention der Parteien; diese ging darauf, daß der abzufindende Gläubiger dem Käufer Platz machen, dieser in seine Stelle einrücken sollte. Die Absicht wird dadurch erreicht, daß der Käufer als Pfandgläubiger behandelt wird, und in die Stelle des abgefundenen einrückt. Haben nun die römischen Juristen, um dieß zu erreichen, eine Ausnahme von jener Regel, ein Pfandrecht an der eigenen Sache statuirt? So roh verfahren sie nicht, vielmehr halten sie die Regel fest, und lassen den Erwerb des Eigenthums fallen, sie erhalten dem Käufer das Pfandrecht, indem sie das Geschäft nicht als Kauf, sondern als Darlehen zur Abfindung des Vorgängers interpretiren.[ii])

Der Verkauf des Pfands durch den dazu berechtigten Pfandgläubiger hebt alle Pfandrechte, die bisher an der Sache hafteten, auf.[kk]) Soll der Verkauf diese Wirkung haben, so darf dem verkaufenden Gläubiger kein anderer vorgehen (vgl. § 250 Note ff), der Gläubiger darf nicht selbst Käufer sein, die Schuld muß fällig, der Schuldner in mora sein,[ll]) von dieser Zeit an müssen dem Verpfänder zwei Jahre Frist gegönnt werden, das Pfand zu lösen und den Verkauf zu vermeiden, wenn nichts anderes verabredet ist,[mm]) die Verabredung, daß dem Gläubiger der Verkauf nicht gestattet sein soll, bewirkt, daß in dieser Zeit eine dreimalige Denuntiatio an den Verpfänder geschehen muß (§ 247 Note i). Kommt die Zeit des Verkaufs, so hat der Gläubiger dem Verpfänder durch Benachrichtigung die Möglichkeit, gegenwärtig zu sein, zu verschaffen.[nn])

Es mußte auch für den Fall gesorgt werden, wenn sich (vielleicht durch Umtriebe des Schuldners) kein oder kein annehmlicher Käufer fand. Bei dem pignus ex causa iudicati captum war eigentlich kein Bedürfniß, dafür eine besondere Rechtsform zu finden; da das Gericht verkaufte, so konnte der Gläubiger als Käufer zugelassen werden,[oo]) nach einer Verordnung von Severus und Caracalla soll dieß aber nur so geschehen, daß der Gläubiger die Sachen um seine Forderung übernimmt, also kein Ueberschuß bleibt.[pp]) Gordian

---

ii) L. 17 D. qui potior. (20, 4). Aehnlich behandeln sie andere Fälle, wo ein Bedürfniß eintritt, gegen den Verlust des Pfandrechts durch Confusion zu helfen, z. B. L. 30 § 1 D. de exc. rei iud. (44, 2).

kk) Dig. XX 5 Cod. VIII 27: de distractione pignorum et hypothecarum. Nur wenn ein nachstehender Pfandgläubiger kauft, wird dieß nicht als Kauf, sondern als eine Abfindung des prior creditor zum Zweck der Conservation des Pfandrechts behandelt L. 6 D. eod. Vgl. § 250 Note gg.

ll) Auf dieses Erforderniß bezieht sich die Denuntiation bei Justinian L. 3 § 1 C. de iure dom. imp. (8, 33). Die Verabredung, daß der Gläubiger sofort, nachdem die Schuld fällig geworden, solle verkaufen können, ersetzt die Mahnung L. 8 § 3 D. de pignt. act. (13, 7).

mm) So Justinian L. 3 § 1 C. de iure dom. imp. (8, 33). Das pignus ex causa indicati captum wird nicht von dem Gläubiger verkauft, sondern durch das Gericht, dieser Verkauf geschieht nach Ablauf von zwei Monaten von der Auspfändung gerechnet L. 31 D. de re iud. (42, 1).

nn) L. 4 C. de distr. pign. (8, 27).

oo) So entscheidet denn auch Alexander L. 2 C. si in causa iud. (8, 22).

pp) L. 15 § 3 D. de re iud. (42, 1). Diese Addictio kann auch unter der missio in

dagegen behält dem Princeps das Recht vor, den Zuschlag an den Gläubiger auszusprechen.[qq]) Dieser letztere Weg ist denn auch allein in allen andern Fällen, wo der Gläubiger selbst der Verkäufer ist, vorgeschrieben.[rr]) Findet sich kein Käufer, und der Verpfänder ist nochmals vergeblich aufgefordert worden, das Pfand zu lösen, so erhält der Gläubiger auf Verlangen von dem Kaiser das Eigenthum des Pfands; nach dem zu ermittelnden Werth desselben bestimmt es sich, ob dadurch nur ein Theil seiner Forderung getilgt wird, oder ob er vielleicht etwas herauszubezahlen hat, was an andere Gläubiger oder an den Verpfänder fällt. Nun ist aber dem letzteren noch eine Frist von zwei Jahren (vor Justinian von einem Jahr) gegeben, innerhalb deren er das Pfand noch lösen, oder auch der Gläubiger (z. B. durch Annahme von Zinsen von dem Schuldner, ferner durch Verkauf) sein Recht fallen lassen kann, in welchem Fall der Zuschlag als nicht geschehen betrachtet wird. Erst nach Ablauf dieses biennium luitionis ist die Sache definitiv festgestellt, und das frühere Rechtsverhältniß ohne weiteren Einfluß.

---

possessionem zu verstehen sein, welche (bei Grundstücken) L. 3 C. de exsecut. rei iud. (7, 53) erwähnt wird.

qq) L. 3 C. si in causa iud. (8, 22).

rr) Cod. VIII 33: de iure dominii impetrando.

Siebentes Kapitel.

Von den Servituten.

Allgemeine Natur der Servituten.

CCLII. Die iura in re, von denen in den beiden letzten Kapiteln die Rede war, gehören, wenn auch nicht ihrem Inhalt, doch ihrer rechtlichen Form nach, der Zeit einer schon bedeutend vorgeschrittenen Entwickelung des römischen Rechts an, keines derselben beruht auf dem Ius civile, es ist der prätorische Schutz, dem sie ihren Charakter verdanken. Aber es giebt ein ius in re, das wir, in einzelnen Formen wenigstens, bis nahe an die älteste Zeit hinaufrücken dürfen; es ist durch das Ius civile anerkannt, das einzige, welches auf diesem Recht beruht.

Dieß reflectirt sich in dem Namen, welcher dafür gebraucht wird, und der eine Vorstellung, die sich mit jedem ius in re verbinden läßt, ausdrückt. Wir können auf Sachen den Begriff der Freiheit anwenden, wenn sie keiner fremden Herrschaft unterliegen, eine natürliche Freiheit ist ihnen zuzuschreiben, wenn sie überall nicht dem Recht unterworfen sind, eine rechtliche, wenn nur dem Eigenthum, der Eigenthümer ist der Sache kein Fremder (wie wir ja auch unter einem freien Volk kein solches verstehen, das keinem Oberhaupt gehorcht). Dagegen ist die Sache im Zustand der Dienstbarkeit, res servit, wenn sie dem Recht eines Andern als ihres Eigenthümers unterworfen ist. Man könnte daher jedes ius in re eine servitus nennen, dieser Name ist nun wirklich dem ältesten, dem einzigen des Ius civile, beigelegt, aber er ist auch auf dieses beschränkt. Genau genommen war er in der That auf jene späteren Iura nicht in gleichem Grad anwendbar. Die Ausübung des Rechts der Superficies, der Emphyteusis, des Pfandrechts hat eine äußere Aehnlichkeit mit der des Eigenthums; daß ein Fremder etwas mit der Sache vornimmt, tritt nicht so äußerlich hervor, als bei dem Nachbar, der über das Grundstück geht, oder einen Theil seines Hauses auf dem dienenden Gebäude ruhen läßt. Ja es giebt auch unter den Servituten solche, deren Ausübung sich äußerlich der des Eigenthums nähert, wo also der Zustand der Dienstbarkeit sich auch nicht so anschaulich darstellt, dieß sind die mit einer Detention der Sache verbundenen, die Personalservituten (s. unten); auch bei diesen obwohl sie wirklich als Servituten behandelt und mit diesem Namen belegt werden, wird häufig die allgemeine Bezeichnung

iura vorgezogen, und jener Name auf die übrigen, die zugleich als die älteren betrachtet werden dürfen, beschränkt.[a])

Von allen iura in re sind es die Servituten, die sich am reinsten von dem Eigenthum abheben und den bestimmtesten Gegensatz gegen dasselbe bilden. Es ist schon an einem andern Ort bemerkt worden, daß dieß auch in der Klage aus diesen Rechten hervortritt. Während die bisher vorgekommenen Rechte auch in dieser Hinsicht durch die Vindication der res corporalis, die aus ihnen entspringt, dem Eigenthum sich nähern, stehen die Servituten durch die auf das Recht selbst, die res incorporalis gerichtete Klage auch hier von ihm abgesondert.

Gehen wir zu dem Inhalt der Servituten fort, so läßt sich dieser theils von dem Einfluß aus, den sie auf die Rechte des Eigenthümers ausüben, theils in Beziehung auf die Befugnisse des Servitutberechtigten betrachten. In der ersten Hinsicht besteht die Beschränkung des Eigenthümers entweder darin, daß er etwas dulden muß, was er sonst vermöge des Eigenthums verhindern könnte (ut aliquid patiatur, servitutes in patiendo, affirmative oder positive Servituten), oder darin, daß er etwas nicht thun darf, was er außerdem als Eigenthümer thun dürfte (ut aliquid non faciat, servitutes in non faciendo, negative Servituten). Eine Servitut kann nicht den Inhalt haben, daß der Eigenthümer vermöge derselben etwas thun müßte, es kann keine servitutes in faciendo geben.[b]) Dieß folgt aus ihrer Eigenschaft als Rechte an Sachen, vermöge deren ihr Inhalt nicht über das, was die Sache selbst gewährt, hinausgehen kann, die Sache leistet, was den Inhalt der Servitut ausmacht,[c]) die Function ihres Eigenthümers kann nur die sein, jene Leistung nicht zu verhindern; eine positive Leistung der Person als Inhalt einer Servitut würde voraussetzen, daß man die Person als Theil der Sache betrachtete.[d]) Man kann das Princip, aus dem jener Satz folgt, auch so ausdrücken. Ein Recht an einer fremden Sache beschränkt die Eigenthumsbefugnisse, alle Eigenthumsbefugnisse aber bestehen theils in einer Disposition über die Sache, theils in der Ausschließung Anderer davon, Beschränkungen derselben können also nur ein non facere oder ein pati zur Folge haben, ein facere des Eigenthümers würde, um als Beschränkung des Eigenthums gelten zu können, eine Befugniß etwas zu unterlassen als Eigenthumsbefugniß voraussetzen, eine solche giebt es aber

---

a) L. 1 in f. D. de div. rer. (1, 8) L. 2 pr. D. si serv. vind. (8, 5). Vgl. überhaupt die Titelrubriken des 7 und 8 Buchs der Digesten, und von XXXIII 2 und 3.

b) L. 15 § 1 D. de servit. (8, 1): Servitutum non ea natura est, ut aliquid faciat quis, veluti viridia tollat, aut amoeniorem prospectum praestet, aut in hoc, ut in suo pingat, sed ut aliquid patiatur aut non faciat. — Vgl. über den Grundsatz auch Vangerow Leitfaden für Pand.-Vorles. Bd. I § 338, 2.

c) L. 6 § 2 D. si serv. (8, 5): — servitutem non hominem debere, sed rem —.

d) Daß jemand als Eigenthümer (oder Besitzer) einer Sache zu einer Leistung verpflichtet ist, wie z. B. ad exhibendum, oder zu öffentlichen Abgaben ꝛc., ist dadurch nicht ausgeschlossen, sondern nur daß dieses der Inhalt eines Rechts an der Sache sei. Eine servitus in faciendo würde eine Dienstbarkeit der Person in sich schließen, wie denn auf diesem Weg gewisse Institute des deutschen Rechts (die s. g. Reallasten, die solche persönliche Leistungen enthalten) entstanden sind, und von denen es kein Wunder ist, wenn sie in den Tagen der Gegenwart, abgetrennt von ihrer ursprünglichen Wurzel, ein fremdartiges, der Bemühungen, sie mit den jetzt geltenden Rechtsansichten in Einklang zu bringen, spottendes Ansehen haben. — An das Princip, die Menschen als Bestandtheil der Güter zu betrachten, welches eine servitus in faciendo allein möglich machen könnte, streift schon ganz nahe der unter den Imperatoren aufgestellte Satz, die Eigenthümer für die Abgaben ihrer Vorgänger haften zu lassen (§ 250 Note aa), ein Grundsatz, welcher den politischen Zuständen jener Zeit nicht unangemessen war.

nicht. Damit ist natürlich nicht verwehrt, daß der Eigenthümer, der eine Servitut bestellt, sich daneben zu einer Leistung, z. B. den Weg, den er dem Andern über sein Grundstück verstattet, auszubessern verpflichte, und er (so wie alle, die in seine Obligationen succediren) kann in diesem Fall dazu angehalten werden, aber nur mit der persönlichen Klage, die aus jener Obligatio entspringt, nicht mit der in rem actio aus der Servitut, zu deren Inhalt jene Pflicht nicht mit gehört, und diese Pflicht kann eben darum auch nicht gegen jeden geltend gemacht werden, welcher der Servitutenklage unterworfen ist.[e])

Fassen wir nun den Inhalt der Servituten für den Berechtigten ins Auge, den Vortheil, den sie diesem gewähren, so begegnet uns vor allem als ein wesentliches Princip das Erforderniß, daß dieser die Richtung auf ein bestimmtes Subject haben muß, dessen Bedürfnissen die Servitut entgegenkommt. Daher ist jede Servitut mit einem bestimmten Subject verbunden, von dem sie nicht abgetrennt und auf ein anderes übertragen werden kann, die Trennung ist nur so möglich, daß die Servitut selbst untergeht (§ 257). Deshalb hat denn auch das Subject einen wesentlichen Einfluß auf die Natur und den Inhalt der Servitut selbst. Wie sich zwei Classen von Subjecten denken lassen, mit denen die Servitut verknüpft sein kann, so giebt es auch zwei Classen von Servituten, die neben dem, was ihnen als Servituten gemeinschaftlich ist, hinwieder eine verschiedene Natur haben. Das Subject kann nämlich 1) eine individuelle Person sein, deren persönliches Bedürfniß durch die Servitut befriedigt werden soll, 2) der Eigenthümer eines Grundstücks als solcher, daher gewissermaßen das Grundstück selbst, so daß der Inhalt der Servitut ein Vortheil ist, der diesem Grundstück, also dem jedesmaligen Eigenthümer desselben als solchem gewährt wird. Im ersten Fall ist die Servitut servitus hominis oder personae oder personalis, im zweiten Fall servitus rei oder praedii (Realservitut).[f]) Es begreift sich, daß der Inhalt der Servitut ein anderer sein wird, jenachdem er die Bestimmung hat, einem persönlichen oder einem sachlichen Bedürfniß zu dienen.[g]) Eines von beiden aber wird bei jeder Ser-

---

c) Es giebt eine Servitut, nach welcher der Eigenthümer auf seiner Mauer oder Säule ein fremdes Gebäude ruhen lassen muß (servitus oneris ferendi); der Eigenthümer der Mauer übernimmt die Erhaltung derselben in tragbarem Stand. Aquilius Gallus wollte auch darauf den obigen Grundsatz anwenden, anders Servius, dessen Ansicht die herrschende ward: die refectio parietis kann mit der Servitutenklage gefordert werden, nur hielt man auch hier als Folge des Princips fest, daß der Eigenthümer sich durch Dereliction der Mauer befreien, und daß er nicht genöthigt werden könne, das fremde Haus während der Herstellung seiner Mauer zu stützen L. 6 § 25 L. 8 pr. § 2 D. si serv. (8, 5) L. 33 D. de serv. pr. urb. (9, 2). Der juristische Grund (der auch in der letzten Stelle angedeutet ist), besteht darin, daß das Gewähren der dienenden Sache nicht als facere in jenem Sinn angesehen werden kann, sonst würde jede Servitut ein facere enthalten; der Eigenthümer stellt eine taugliche Mauer als Gegenstand der Servitut, taugt sie nicht mehr, so stellt er eine andere, die ausgebesserte.

f) L. 1 D. de servit. (8, 1) L. 4. 20 § 3 D. de serv. pr. rust. (8, 3) u. a. Es kommt auch der Ausdruck vor: servitus constituitur in personam und in rem L. 12 D. de annuis leg. (33, 1), d. h. die Servitut ist im ersten Fall auf eine bestimmte Person, im zweiten auf eine unbestimmte, nämlich den jedesmaligen Eigenthümer einer bestimmten Sache gestellt.

g) Weil gewisse Befugnisse, die als Inhalt einer Realservitut vorkommen, z. B. Gehen, Wasserschöpfen ꝛc., auch als Personalservitut denkbar sind, s. z. B. L. 14 § 3 D. de alim. leg. (34, 1), hat man sich wohl des Ausdrucks bedient: Realservituten könnten auch als Personalservituten bestellt werden, nur nicht umgekehrt. Dieser Ausdruck selbst ist augenscheinlich verkehrt, aber wenn wir ihn auch auf den Inhalt der Realservituten rectificiren, enthält er einen Irrthum, denn auch dem Inhalt nach ist ein anderes, für ein Grundstück, ein anderes, für persönliches Bedürfniß Wasser zu schöpfen.

vitut vorausgesetzt, ohne einen Vortheil der einen oder der andern Art zu gewähren, ist keine Servitut denkbar.[h])

Was aber die Beschaffenheit des Vortheils anlangt, der durch die Servitut gewährt wird, so bezieht er sich auf die Benutzung der Sache. Die Servitut enthält also die mehr oder weniger beschränkte Benutzung der unterworfenen Sache zum Vortheil eines bestimmten Subjects. Für diese in Beziehung auf ein bestimmtes Subject gestellte Benutzung hat die römische Sprache ein besonderes Wort: usus;[i]) der wesentliche Inhalt der Servituten läßt sich daher so ausdrücken, sie bestehen im usus einer fremden Sache; nur bei einer einzigen Servitut geht der Inhalt darüber hinaus, und erstreckt sich auf die Benutzung, welche mit dem Wort fructus bezeichnet wird. Diese beiden für die Servitutenlehre wichtigen Begriffe sollen jetzt noch näher erörtert werden.

Man kann bei der Benutzung einer Sache den Bezug der Erzeugnisse, die sie hervorbringt, z. B. der Früchte eines Landguts, und den sonstigen Gebrauch, der sich davon machen läßt, z. B. das Bewohnen eines Hauses, die Anwendung eines Pferds zum Ziehen oder Tragen, unterscheiden. Damit nun, könnte man denken, wäre jener Unterschied von fructus und usus ausgedrückt. Dem ist aber nicht so. Denn auf der einen Seite bezieht sich der usus auch auf die Früchte,[k]) auf der andern der fructus auf den übrigen Gebrauch, die Vermiethung des Hauses, des Pferdes ꝛc. ist ein fructus, der aus der Sache bezogen wird.[l]) Die juristischen Begriffe usus und fructus sind daher von jener Unterscheidung unabhängig, und haben vielmehr folgenden Inhalt. Usus heißt die Benutzung einer Sache für ein bestimmtes Subject, dessen Bedürfniß und zwar unmittelbar durch die Sache selbst befriedigt werden soll; es liegt darin zweierlei: Beschränkung auf das Bedürfniß dieses Subjects und Gewährung durch die Sache und ihre Kräfte selbst, ohne Umsatz dieser in ein anderes Object. Beides z. B. trifft zusammen bei der eigenen Bewohnung eines Hauses, während bei der Vermiethung zwar das erste noch denkbar wäre, aber das zweite wegfällt, indem der von dem Haus unmittelbar gewährte Vortheil in einen andern (das Geldäquivalent) umgesetzt wird. Nach den zwei Classen von Servituten kann das Subject entweder eine Person oder ein Grundstück sein. Wenn der Inhalt einer Realservitut auf Erzeugnisse geht, z. B. auf Mineralien oder Vegetabilien, welche die dienende Sache hervorbringt, so liegt in der Servitut, da sie sich auf den usus beschränkt, nur das Recht, sie unmittelbar und in ihrer eigenen Gestalt für das Grundstück zu ver-

---

h) L. 15 pr. D. de servit. (7, 1): Quotiens nec hominum nec praediorum servitus interest, non valet, veluti ne per fundum tuum eas aut ibi consistas, et ideo si mihi concedas, ius tibi non esse fundo tuo uti frui, nihil agitur, aliter atque si concedas mihi, ius tibi non esse in fundo aquam quaerere, minuendae aquae meae gratia. Man hat unnöthigerweise an L. 19 D. eod.: ei fundo, quem quis vendat, servitutem imponi, etsi non utilis sit, posse existimo, veluti si aquam alicui ducere non expediret, nihilominus constitui ea servitus possit, quaedam enim habere possumus, quamvis ea nobis utilia non sunt, Anstoß genommen, während die Stelle nur von dem Princip ausgeht, daß bei Realservituten der Vortheil nicht ein persönlicher, sondern ein sachlicher ist, der sich denken läßt, wenn auch der jetzige Eigenthümer der Sache bei dem Gebrauch, den gerade er jetzt davon macht, keinen Nutzen daraus zieht. Vgl. auch Vangerow Leitfaden Bd. I S. 625 ff. [7. Aufl. S. 695 ff.]

i) Vgl. L. 203 D. de V. S. (50, 16) L. 28 D. de auro argento (34, 2) L. 18 pr. D. de his quae ut ind. (34, 9), besonders aber Dig. VII 8: de usu etc.

k) L. 18 pr. D. de his quae ut ind. (34, 9): — quod si fructus in usu habuit — im Gegensatz zu dem, der die Früchte verkauft hat. L. 12 § 1 L. 15 pr. D. de usu (7, 8).

l) L. 36 D. de usur. (22, 1): praediorum urbanorum pensiones pro fructibus accipiuntur. L. 39 § 1 D. de legat. I (30) L. 29 D. de H. P. (5, 3).

wenden, nicht sie zu verkaufen oder sonst in Geld umzusetzen, denn dieß würde nicht mehr usus, sondern fructus sein.[m]) Fructus dagegen ist die Benutzung, welche über den usus hinausgeht, betreffe sie übrigens die natürlichen Erzeugnisse der Sache (natürliche Früchte), oder den sonstigen Gebrauch, insofern er durch Umsatz productiv gemacht wird (Note l): quae fructuum vice sunt, pro fructibus accipiuntur (juristische Früchte, man nennt sie fructus civiles, bei den Römern kommt dieser Ausdruck nicht vor). Gegenüber dem usus stellt sich der fructus als ein Gewinn dar, der aus der Sache bezogen wird,[n]) aber auch der fructus hat eine Grenze, sie liegt in der Natur der Sache und der ihr gegebenen Bestimmung, nur der dieser entsprechende Gewinn ist fructus.[o])

Die Eigenschaft der Servituten, daß sie auf den usus gehen, macht sie untheilbar,[p]) was als Inhalt einer Servitut festgestellt ist, kann weder theilweise gegeben, noch theilweise aufgehoben werden,[q]) darum kann die Servitut auch nicht an einem ideellen Theil der Sache bestellt, noch verloren werden; wie ich daher eine Servitut an der Sache, deren Miteigenthümer ich bin, nicht erwerben kann (denn da ich kein ius in re an meiner eigenen Sache haben kann, könnte ich sie nur an dem Theil, der mir nicht gehört, erwerben, dieß aber ist unmöglich), so geht die Servitut nicht unter, wenn der Berechtigte Miteigenthümer der Sache wird (denn sie würde nur zu diesem Theil untergehen, dieß ist aber durch ihre Untheilbarkeit ausgeschlossen).[r]) Einer von mehreren Miteigenthümern der Sache kann keine Servitut bestellen, denn er könnte es nur zu seinem Theil, streng genommen wäre in diesem Fall eine Bestellung überall unzulässig, man hat aber eine Bestellung durch alle Miteigenthümer, in demselben Act oder successiv, zugelassen, und dasselbe gilt von Miteigenthümern des Grundstücks, für welches die Servitut bestellt werden soll.[s]) Diese Untheilbarkeit gilt nicht bloß von den Realservituten, sondern auch von dem usus als Personalservitut,[t]) es ist undenkbar, z. B. den ideellen Theil eines Hauses zu bewohnen, oder auch den Act des Wohnens selbst zum Theil vorzunehmen. Dagegen ist fructus etwas theilbares, die Emolumente, in denen der Fructus besteht, lassen sich von einem ideellen Theil der Sache, und sie selbst lassen sich getheilt denken, darum ist der Usufructus die einzige Servitut, die theilbar ist, zum Theil und an einem Theil der Sache entstehen und untergehen kann.[u])

---

m) L. 5 § 1 L. 6 D. de serv. praed. rust. (8, 3): — ut maxime calcis coquendae et cretae eximendae servitus constitui possit, non ultra posse quam quatenus ad eum ipsum fundum opus sit: — veluti si figulinas habeant, in quibus ea vasa fierent, quibus fructus eius fundi exportarentur — vel tegulae ad villam aedificandam. Sed si ut vasa venirent figulinae exercerentur, ususfructus erit —. [Vgl. jedoch v. Scheurl Zeitschrift für gesch. Rechtswiss. XV Num. 2 (1848), welcher diese Beschränkung des usus nur für Prädialservituten anerkennt und gegen Scheurl's eigene Unterscheidung zwischen usus und fructus (Gebrauch als Mittel oder Zweck) wieder Brinz notamina ad usum fructum 1849. R.]

n) Compendium L. 59 § 2 D. de usufr. (7, 1) L. 12 § 1 D. de usu (7, 8).

o) S. oben § 242 Note ii und kk. Diese Schranke drückt auch L. 26 D. de usur. (22, 1) aus: venationem fructus fundi negavit esse, nisi fructus fundi ex venatione constet, d. h. die Entscheidung hängt von der dem Fundus gegebenen Bestimmung ab.

p) Pompon. L. 17 D. de servit. (8, 1): — usus earum indivisus est —. Ein anderes Fragment des Pomponius (Bd. I § 104 Note cc): et servitutes dividi non possunt, nam earum usus ita conexus est, ut, qui eum partiatur, naturam eius corrumpat.

q) L. 17 cit. L. 2. 6. 8 § 1 L. 16 D. quemadm. serv. amitt. (8, 6).

r) L. 6 § 3 D. comm. praed. (8, 4) L. 8 § 1 D. de servit. (8, 1).

s) L. 2. 11 D. de servit. (8, 1) L. 18 D. comm. praed. (8, 4) L. 32 D. de serv. pr. rust. (8, 3).

t) L. 19 D. de usu (7, 8).

u) L. 5 D. de usufr. (7, 1) L. 1 § 9 D. ad L. falcid. (35, 2).

Die Benutzung, die den Inhalt der Servitut ausmacht, haben wir als usus erkannt, darin liegt die Bestimmung der Servitut für ein gewisses Subject, die zu ihrem Begriff gehört,[v]) und sie von andern Rechten auf Benutzung (Superficies und Emphyteusis) unterscheidet, und damit aber zugleich die Unveräußerlichkeit. Wenn eine Servitut, der Ususfructus, ein von dem usus verschiedenes Element in sich trägt, das an und für sich eine Beziehung auf ein bestimmtes Subject nicht enthält, und daher auch der Veräußerlichkeit nicht widersprechen würde, so ist doch auch hier das Wesen der Servitut festgehalten, die Uebertragung des Rechts auf einen Andern ausgeschlossen worden, nur den Einfluß hat die Mischung mit jenem Element gehabt, daß die Ausübung des Ususfructus an einen Andern (durch Schenkung, Verkauf, Vermiethung ꝛc.) überlassen werden kann.[w]) Mit jenem Wesen der Servituten hängt auch der Grundsatz zusammen: servitus servitutis esse non potest.[x]) Ein Usus am Usus wäre wörtlich ohnedieß ein Absurdum (z. B. Bewohnen meines Bewohnens), denkt man sich aber die Servitut als einen von der Servitut veräußerten Bestandtheil, so ist dieß unmöglich theils wegen der Untheilbarkeit, theils insonderheit wegen Untrennbarkeit des Usus von dem Subject. Eben so wenig läßt sich ein Fructus am Usus (also ein Ususfructus an irgend einer andern Servitut) denken, weil dieß nicht ohne den Usus selbst zu verwandeln möglich wäre, und wenn endlich factisch Fructus vom Fructus sich wohl als eine Möglichkeit darstellt, so ist doch auch dieses ausgeschlossen, da es eine partielle Veräußerung des Ususfructus wäre, die bei dieser so wenig als bei andern Servituten zugelassen ist.

Servitutes praediorum.

CCLIII. Servitut ist das Recht auf Benutzung einer fremden Sache für ein individuell bestimmtes Subject. Dieses Subject kann ein Grundstück sein, Die Servitut besteht hier zwischen zwei Grundstücken, von denen das eine, für welches sie bestimmt ist, das herrschende (praedium dominans), das andere, welches ihr unterworfen ist, das dienende (pr. serviens) genannt zu werden pflegt. Diese Realservituten sind Servituten für Grundstücke an Grundstücken. Darin liegen die drei Grundprincipien, von denen ihre Existenz und ihre rechtliche Beurtheilung abhängt: 1) daß der Vortheil, in dem sie bestehen, dem herrschenden Grundstück, 2) daß er von dem dienenden Grundstück gewährt werden muß (auf beides bezieht sich der Satz, daß der Servitut eine perpetua causa zu Grunde liegen soll), 3) daß beide Grundstücke in einem örtlichen Ver-

---

v) Diesen unterscheidenden Bestandtheil des Begriffs der Servitut („zum Vortheil einer bestimmten Person oder Sache") im Gegensatz zu Superficies und Emphyteuse hat zuerst mit Entschiedenheit ausgesprochen Löhr Magazin für Rechtswiss. III (1820) S. 488 ff.

w) L. 12 § 2 D. de usufr. (7, 1): Usufructuarius vel ipse frui ea re vel alii fruendam concedere vel locare vel vendere potest, nam et qui locat utitur, et qui vendit utitur (es ist ein Usus des Aequivalents, in das nach der Eigenthümlichkeit des Fructus der ursprüngliche Gegenstand umgesetzt werden kann) —. Fragm. vat. 41 L. 66 D. de iure dot. (23, 3): — ut ipsum quidem ius remaneat apud maritum, perceptio vero fructuum ad mulierem pertineat.

x) L. 33 § 1 D. de serv. pr. rust. (8, 3) L. 1 D. de usu et usufr. leg. (33, 3). In der ersten Stelle ist von einer bestehenden Servitut die Rede, an welcher der Berechtigte nicht wieder eine Servitut bestellen kann, in der zweiten von einem usus oder ususfructus an einem Recht zu gehen ꝛc., das gar noch nicht als Servitut existirt, sondern nur erst als Gegenstand jenes Usus ꝛc. entstehen sollte.

hältniß zu einander sich befinden müssen, das diese Gewährung des Vortheiles von dem einen an das andere möglich macht. Diese Grundsätze sollen nun näher erörtert werden.

1) Eine Realservitut ist nur für ein Grundstück möglich. Nur wer ein Grundstück hat, kann eine solche Servitut erwerben.[a]) Und ihr Inhalt muß von der Beschaffenheit sein, daß dadurch dem herrschenden Grundstück ein Vortheil zugeht, daß sein Gebrauch dadurch erhöht wird. Ein Vortheil, der dem Eigenthümer des Grundstücks nicht als solchem, sondern in anderen Beziehungen bestellt wird, kann nie als Realservitut behandelt werden. Wenn z. B. der Eigenthümer eines Grundstücks ein Handwerk betreibt, um dessen willen er sich von seinem Nachbar das Recht bestellen läßt, auf dessen Grundstück irgend etwas vorzunehmen (etwa weil es ihm auf seinem eigenen an Raum, oder an anderen Bedingungen des zweckmäßigen Betriebes gebricht), so kann dieses Recht eine Forderung, es kann auch eine Personalservitut, niemals aber eine Realservitut sein, so wenig als das Recht, in seines Nachbarn Garten spazieren zu gehen.[b]) Dieses Prinzip entscheidet auch über das Maß der Servitut, der Umfang ihrer Ausübung ist stets auf das Bedürfniß des herrschenden Grundstücks beschränkt. Wer z. B. das Weiderecht als Realservitut hat, kann davon nur für das Vieh, welches zum Betrieb der Landwirthschaft auf dem herrschenden Gut gehört, nicht für anderes Gebrauch machen, wer das Recht hat, Wasser zu leiten, kann es nur für das herrschende Grundstück, nicht für ein anderes (sei es ein fremdes oder sein eigenes).[c]) Das Maß der Servitut also kann nie über das Bedürfniß des herrschenden Grundstücks hinausgehen, natürlich kann es aber unter demselben bleiben, die Servitut kann mit Beschränkungen gegeben werden. Auch wenn die Servitut unbeschränkt gegeben ist, soll sie mit Schonung des dienenden Grundstücks und der Interessen des Eigenthümers, soweit dieß ohne erhebliche Schmälerung des beabsichtigten Vortheils geschehen kann, sie soll civiliter ausgeübt werden.[d]) Nach diesen Grundsätzen über das Maß der Servitut entscheidet sich auch die Frage, inwiefern der Eigenthümer des dienenden Grundstücks aus der gleichen, dem Andern eingeräumten Benutzung verdrängt wird. Es ist klar, daß der Eigenthümer zurückstehen muß, wo seine Benutzung die dem Servitutberechtigten seinem Recht gemäß zustehende und in ihren vertragsmäßigen oder gesetzlichen Schranken bleibende schmälern würde, somit reducirt sich die Frage auf die facti quaestio, ob in dem vorliegenden Fall die Handlung des Eigenthümers sich mit dem Recht der Servitut verträgt, was allerdings das Gewöhnliche ist, weil der Bezug des Vortheils für das herrschende Grundstück die Kräfte des dienenden regelmäßig nicht erschöpfen wird.

Wenn der Inhalt der Servitut, wie wir gesehen haben, wesentlich durch das Bedürfniß des herrschenden Grundstücks bestimmt wird, so muß auf seine Gestaltung die Verschiedenheit der Grundstücke selbst und ihrer Bestimmung

---

a) L. 1 § 1 D. comm. praed. (8, 4).

b) L. 8 pr. D. de servit. (8, 1): Ut pomum decerpere liceat, et ut spatiari, et ut caenare in alieno possimus, servitus imponi non potest L. 5. 6. D. de serv. pr. rust. (8, 3).

c) L. 5. 6 cit. Pompon. L. 24 eod.: Ex meo aquaeductu Labeo scribit, cuilibet posse me vicino commodare, Proculus contra, ut ne in meam partem fundi aliam quam ad quam servitus adquisita sit, uti ea possim. Proculi sententia verior est. Ein Anderes ist der Abfluß des Wassers von dem herrschenden Grundstück, nachdem es hier seine Dienste gethan hat, wenn dieser Ueberschuß nicht durch eine Vergrößerung des Wasserbezugs erreicht wird L. 1 § 16 D. de aqua (43, 20).

d) L. 9 D. de servit. (8, 1) L. 20 § 1 D. de serv. pr. urb. (8, 2).

einen entscheidenden Einfluß haben, die Servituten müssen nach diesem Umstand selbst dem Inhalt nach verschieden sein. Dieß ist die wahre Bedeutung ihrer Eintheilung in servitutes praediorum rusticorum und urbanorum.[e]) Schon dadurch ist es klar, daß die Ausdrücke praedia rustica und urbana hier nicht nach der Lage der Grundstücke genommen werden, denn dieser würde nicht jener Einfluß zukommen, sondern nach der Bestimmung, die sie haben, praedia urbana sind Gebäude, praedia rustica gebäudelose Plätze, und wenn beides in dem herrschenden Grundstück zusammentrifft, so wird es darauf ankommen, auf welchen Theil des Grundstücks der Inhalt der Servitut sich allein oder vornehmlich bezieht (vgl. § 223 Note f).[f]) Es folgt aber ferner aus jenem innern Sinn der Eintheilung, daß sie sich nach der Beschaffenheit des herrschenden Grundstücks bestimmt, denn das Bedürfniß dieses ist es, welches der Servitut zunächst ihren Inhalt giebt.[g]) Endlich ist diese Eintheilung nicht eine bloß äußerliche, sie afficirt den Inhalt der Servituten selbst, so wenig man daher sagen kann, daß eine Realservitut sich als Personalservitut bestellen läßt (§ 252 Note g), eben so wenig, daß eine servitus rustica als urbana vorkommen könne und umgekehrt. Gewisse Befugnisse, z. B. Gehen, Wasserleiten, können Inhalt der einen und der andern Art von Servituten,[h]) aber dieser Inhalt wird in beiden Fällen keineswegs oder nur zufällig identisch sein, und es wäre ganz unrichtig, die Servitut, wodurch ich mir Wasser in die Küche, und die, wodurch ich mir die Bewässerung meiner Wiese verschaffe, als eine und dieselbe servitus aquaeductus zu behandeln.[i])

---

e) In L. 1 D. si servit. (8, 5) heißen sie servitutes rusticae und urbanae.

f) Ist die servitus altius non tollendi zum Besten eines Hauses gegeben, an dem ein Hof oder Garten sich befindet, so ist sie dennoch praedii urbani, und die servitus calcis coquendae ist praedii rustici, auch wenn man dabei die Herstellung der Wirthschaftsgebäude des Landguts im Auge hat, denn sie werden hier als Accession des praedium rusticum betrachtet, und dieses ist es, welches in ihnen jenen Vortheil empfängt.

g) Wie servitutes personarum die sind, welche Personen, und servitutes praediorum die, welche Grundstücke, so servitutes praediorum rusticorum etc. die, welche praedia rustica etc. zum Subject haben L. 1 D. de servit. (8, 1). Die Stellen, die man für einen abweichenden Sprachgebrauch (Benennung nach dem dienenden Grundstück) anzuführen pflegt, enthalten einen solchen keineswegs, vgl. Unterholzner Verjährungslehre II § 191. — Aus einem andern Gesichtspunkt als der hier besprochene ist die Unterscheidung in L. 3 D. de servit.: servitutes praediorum aliae in solo aliae in superficie consistunt, geflossen, von der sich Anwendungen in L. 20 pr. D. de serv. pr. urb. (8, 2) L. 13 pr. D. de serv. pr. rust. (8, 3) finden. Wie es scheint, sind unter den letzteren solche gemeint, die an der superficies hervortreten, und sich an ihr gleichsam verkörpern, indem sie ihr eine besondere Gestalt geben, wie dieß bei dem tignum immissum, dem stillicidium, überhaupt bei den allermeisten servitutes praediorum urbanorum der Fall ist.

h) L. 11 § 1 D. de publ. act. (6, 2), vgl. unten Note s. — Schwierigkeit macht L. 2 pr. D. de serv. pr. rust. (8, 3): Rusticorum praediorum servitutes sunt licere altius tollere et officere praetorio vicini, vel cloacam habere licere per vicini domum vel praetorium, vel protectum habere licere. Bei diesen Servituten wird offenbar ein Gebäude als herrschendes Grundstück vorausgesetzt. Entweder hat der Jurist rusticorum im bloß örtlichen Sinn genommen, oder er hat den Fall im Auge gehabt, daß der Eigenthümer eines Platzes sich eine Servitut für den Fall eines künftig zu errichtenden Gebäudes bestellen läßt L. 23 § 1 D. de serv. pr. urb. (8, 2).

i) Die richtige Auffassung der Eintheilung besteht in der Verbindung des äußeren und inneren Moments derselben, sie hängt von der Einsicht ab, daß das erste (die Beschaffenheit des herrschenden Grundstücks) maßgebend ist für das zweite (den Inhalt der Servitut), daß eine Servitut, jenachdem sie rustici oder urbani praedii ist, auch einen verschiedenen Gehalt hat. Gewöhnlich hält man sich bloß an das Aeußerliche. Dagegen haben sich einige mit Recht erklärt, und eine innere Beziehung gesucht (Stever de serv. praed. 1817, v. Vangerow Leitfaden I § 339 II), aber sie sind in den entgegengesetzten Irrthum gerathen, das äußere Moment ganz fallen zu lassen.

Es sollen hier sogleich die vornehmsten Fälle, welche in unseren Quellen für die eine und für die andere Classe von Servituten vorkommen, angegeben und erklärt werden.

Unter den servitutes praediorum rusticorum werden vier besonders hervorgehoben, die sich auf die allerersten und einfachsten Bedürfnisse beim Landbau beziehen: iter, actus, via, aquaeductus. [k]) Die ersten drei haben das mit einander gemein, daß sie den Zugang zu dem herrschenden Gut gewähren, sie sind Wegservituten, aber verschiedenen Inhalts. [l]) Unter iter wird das bloße Gehen von Menschen oder Thieren, auch von beladenen Menschen und Thieren (daher auch Reiten) verstanden (wenn nicht etwa die eine oder andere dieser Befugnisse besonders bei der Bestellung ausgenommen worden ist), nur hat man sich bewogen gefunden, das aufrechte Tragen einer Stange (hastam rectam ferre) auszuschließen, der Gefahr für die Bäume wegen. Im actus liegt das Recht, Vieh zu treiben, ledig oder angespannt, also zu fahren (iumenta, vehiculum agere, ducere), doch nur mit einem ordentlichen Wagen, nicht mit einer Schleife (lapidem aut tignum trahere). Die gewöhnliche Bezeichnung für den vollen Actus war ire agere, aber auch wenn bei der Bestellung bloß der actus genannt wird, soll das iter stillschweigend darin begriffen sein, ja es soll nie ein actus sine itinere angenommen werden. [m]) Im Iter und Actus liegt aber auch nichts als das Recht, diese Handlungen, von denen die Servituten den Namen haben, auf dem dienenden Grundstück vorzunehmen, nicht die Befugniß, eine Straße anzulegen, nur daß freilich nach dem allgemeinen Grundsatz, wonach mit der Servitut auch die Mittel ihrer Ausübung gegeben sind, der Berechtigte Hindernisse entfernen, den Ort gang- oder fahrbar machen, und in diesem Zustand erhalten kann; [n]) darum lassen sich iter und actus so denken, daß kein bestimmter Platz für ihre Ausübung, keine bestimmte einzuhaltende Richtung vorgezeichnet wird, obwohl, wenn es der Vortheil des dienenden Grundstücks erheischt, eine solche Determination zu vermuthen ist. [o]) Aber es kann mit der Servitut auch das Recht eines angelegten Wegs, eine Straße, verbunden sein, ist dieß bei dem vollständigen Actus der Fall, so heißt

---

Sie substituiren der römischen eine Eintheilung in Servituten, vermöge deren man 1) etwas auf dem dienenden Grundstück hat, 2) etwas verbietet, 3) etwas thut; 1 und 2 hätten die Römer wunderlicher Weise servitutes praediorum urbanorum, 3 dagegen serv. pr. rusticorum genannt.

k) L. 1 D. de serv. pr. rust. (8, 3).

l) L. 1 cit. L. 7. 8. 12. 13. 23 pr. 26. 28 D. eod. Vgl. Puchta über die Wegservituten, Kleine civil. Schriften 1851 S. 74 ff. — Eine vierte Wegservitut ist die servitus navigandi, die in L. 23 § 1 eod. erwähnt wird.

m) Dieß ist die Ansicht des Paulus L. 1 D. de adim. leg. (34, 4): qui actu legato iter adimat, nihil adimit, quia nunquam actus sine itinere esse potest, er behandelt diesen Fall, wie Florentinus einen andern L. 14 § 1 eod.: quibus ex causis datio legati inutilis est, ex iisdem causis etiam ademtio inefficax habetur, veluti si viam pro parte adimas, aut pro parte liberum esse vetes. Der Grund ist, daß es eine Thorheit wäre, wenn man den Herrn z. B., der seinen Knecht mit dem Wagen vorausgeschickt hat, verhindern wollte, allein nachzugehen, ihn also zwingen, einen zweiten Wagen zu nehmen, oder den ersten wieder kommen zu lassen, um ihn abzuholen. Dagegen sagt Ulpian L. 4 § 1 D. si servit. (8, 5): qui iter sine actu vel actum sine itinere habet, actione de servitute utetur (mit der Intentio: si paret ius agendi actoris esse, es ist, will er sagen, nicht nothwendig, das eundi dazu zu setzen). Er giebt also die Möglichkeit jener Beschränkung zu, oder läßt es wenigstens dahingestellt, daß man diese Meinung haben könne. (Ueber die verschiedenen Erklärungen jener Stellen vgl. Vangerow Leitfaden I § 341.)

n) Daher das interdictum de itinere actuque reficiendo in diesem Fall stattfinde L. 3 § 11 D. de itin. (43, 19).

o) L. 13 § 1 D. de serv. pr. rust. (8, 3) L. 6 D. quemadm. serv. amitt. (8, 6).

die Servitut servitus viae. [p]) Die via enthält, was die Wegbenutzung anlangt, das vollständige ius eundi agendi, [q]) nur kommt noch das Recht eines hergerichteten Wegs hinzu, wodurch sich diese Servitut von dem Actus schlechtweg unterscheidet. Daraus erklärt sich, warum man hier dem Berechtigten auch das Schleifen gestattete, er schadete durch eine solche Benutzung nicht dem Eigenthümer, sondern nur sich, wenn er seinen Weg dadurch ruinirte. Auch das hastam rectam ferre wurde ihm verstattet, wenn nur bei der Anlegung der Straße dafür gesorgt war, daß dadurch die Bäume nicht gefährdet wurden. [r]) Ist die Breite der via nicht bei der Bestellung festgesetzt, so wird die Bestimmung der Zwölf Tafeln über öffentliche Wege (§ 223 Note ff) angewendet, wonach die via geradeaus 8 Fuß, wo sie ein Knie macht, 16 Fuß breit sein soll. [s])

Das herrschende Grundstück mittelst des dienenden mit Wasser zu versehen, ist der Inhalt mehrerer Servituten, von denen die wichtigste die servitus aquaeductus ist. Der allgemeine Inhalt derselben ist das Recht, Wasser über das dienende Grundstück auf das herrschende zu leiten, dieses iter aquae begreift natürlich das Recht, Rinnen anzulegen von der Beschaffenheit, wie es der Zweck erheischt. [t]) Das Wasser kann anderswoher kommen, so daß das dienende Grundstück nur den Boden für die Leitung gewährt, aber die Servitut kann überdieß den besonderen Inhalt haben, daß das Wasser von dem Grundstück selbst genommen wird (§ 254 Note b). Diese letztere Befugniß nun läßt sich auch ohne die erste denken, indem das Recht gegeben wird, Wasser zu holen, ohne es zu leiten, dieß ist der Inhalt der servitus aquaehaustus, [u]) oder das Recht, das zur Bewirthschaftung des herrschenden Grundstücks dienende Vieh zur Tränke hinzuführen. Auf weniger allgemeine Bedürfnisse beziehen sich das Recht, Mineralien aus dem dienenden Grundstück zu holen (servitus cretae eximendae, arenae fodiendae, lapides eximendi u. s. f.), Vieh zur Weide hinzuführen, servitus pascendi oder pascui. [v]) Auch eine negative Servitut wird erwähnt: si concedas mihi, ius tibi non esse, in fundo tuo aquam quaerere minuendae meae aquae gratia. [w])

Die servitutes praediorum urbanorum sind darauf berechnet, Gebäuden durch die Beschränkung anderer Grundstücke (seien diese ebenfalls Gebäude oder

---

p) L. 23 pr. D. de serv. pr. rust. (8, 3).

q) Daher gilt „iter et actus" auch als Ausdruck für die via, so wenn jemand die Bestellung einer via stipulirt hat, und die Acceptilation, wodurch diese Verbindlichkeit getilgt werden soll, auf iter et actus gerichtet wird, gilt dieß, wie wenn das Wort via gebraucht worden wäre L. 13 § 1 D. de acceptil. (46, 4). Ferner das Interdict de itinere actuque privato bezieht sich auch auf die via; endlich wurde bei der Klage die Intentio ohne Zweifel auf das ius eundi agendi gerichtet.

r) L. 7 pr. D. de serv. pr. rust. (8, 3).

s) L. 8. 23 pr. D. eod. Varro de L. L. VII 15 (Müll.): — anfractum est flexum, ab origine duplici dictum, ab ambitu et frangendo; ab eo leges iubent in directo pedum VIII esse, in anfracto XVI, id est in flexu. — Die ganze Theorie der Wegservituten ist zunächst für dieselben als servitutes praediorum rusticorum bestimmt, kann also nicht schlechthin auf den Fall angewendet werden, wenn eine Wegservitut für ein praedium urbanum bestellt wird; für das interdictum de itinere ist dieß sogar ausdrücklich bemerkt L. 1 § 1 D. de itin. (43, 19): — pertinens ad rusticas tantummodo servitutes.

t) L. 17 § 1 D. de aqua pluv. (39, 3) Tit. D. de rivis (43, 21).

u) L. 3 § 3 D. de serv. pr. rust. (8, 3).

v) L. 3 pr. 4. 6 § 1 D. eod. Diese Servitut war bei den Römern seltener wegen des Instituts der öffentlichen Weiden, pascua, auf deren Benutzung die Grundeigenthümer gegen eine Abgabe Anspruch hatten. Und wo dieß nicht ausreichte, pflegte man sich durch Pachtung das Weiderecht auf Privatgrundstücken zu verschaffen Cato de R. R. 149: Qua lege pabulum hibernum venire oporteat. [Vgl. (Rudorff) Vorrede zum Berliner Sommerkatalog 1846.]

w) L. 15 pr. D. de servit. (8, 1).

nicht) gewisse Vortheile zu verschaffen oder zu erhalten. Die Beschränkung des dienenden Grundstücks kann darin bestehen, daß es einen Theil des herrschenden Gebäudes tragen oder in seinem Bereich dulden muß, wie es bei der servitus oneris ferendi der Fall ist (§ 252 Note e), ferner bei der servitus tigni immissi, die das Recht giebt, Balken oder Steine des herrschenden Gebäudes in die fremde Wand einzuschieben,[x]) sodann bei der servitus proiiciendi und protegendi, mit einem Vorsprung des Gebäudes den fremden Luftraum zu occupiren.[y]) Am nächsten liegen diesen die Servituten, bei denen eine Vorrichtung auf dem fremden Grundstück dem unsrigen Licht oder Aussicht verschafft.[z]) Das Bedürfniß, das Regenwasser, den Rauch, den Unrath fortzuschaffen, führt auf die servitus stillicidii, die den Nachbar nöthigt, den Tropfenfall (stillicidium) oder den gesammelten Strom des Regenwassers (flumen) aufzunehmen (verbunden mit einer servitus protegendi oder proiiciendi),[aa]) die servitus fumi immittendi, cloacae.[bb]) — Es kann aber für ein Gebäude auch schon dieß ein erheblicher Vortheil sein, daß der Nachbar etwas unterläßt, z. B. das Bauen, oder Höherbauen, oder andere Vorrichtungen, wodurch Licht, Aussicht, oder sonstige mit dem gegenwärtigen Zustand verknüpfte Vorzüge eines Gebäudes verringert werden können. Darauf beziehen sich die servitutes altius non tollendi, ne luminibus officiatur, ne prospectui officiatur.[cc])

Es kommen auch servitutes altius tollendi et officiendi luminibus (licere altius tollere et officere praetorio vicini) stillicidii non recipiendi vor.[dd]) Das einfache Recht, höher zu bauen, kann keine Servitut sein, denn es ist ohne alle Servitut im Eigenthum enthalten.[ee]) Eben darum kann auch die reine Befreiung von einer servitus altius non tollendi nur als Herstellung der libertas rei, nicht als eine neue entgegengesetzte Servitut angesehen werden.[ff]) Dagegen läßt sich die Sache so denken, daß die bisher bestehende servitus altius non tollendi, non officiendi, stillicidii avertendi, im Ganzen bestehen bleiben, aber modificirt und beschränkt werden soll, dieß kann wegen Untheilbarkeit der Servituten nicht durch Aufgeben eines Theils derselben, wohl aber durch Con-

---

x) L. 2 D. de serv. pr. urb. (8, 2) L. 8 § 1. 2 D. si serv. (8, 5).

y) L. 2 cit. L. 242 § 1 D. de V. S. (50, 16).

z) Z. B. Fenster in die fremde Mauer, oder (Erkerfenster) in den fremden Luftraum hinaus anzulegen, vgl. unten Note cc.

aa) § 1 I. de servit. (2, 3) L. 20 § 2—6 D. de serv. pr. urb. (8, 2).

bb) L. 7 D. de serv. (8, 1) L. 8 § 5—7 D. si serv. (8, 5).

cc) L. 4. 11. 12. 15—17 D. de serv. pr. urb. (8, 2). Der Ausdruck servitus luminum und prospiciendi ist ein allgemeiner, der überhaupt eine das Licht oder die Aussicht betreffende Servitut bedeutet L. 12. 22. 23 D. eod. In L. 4 D. eod. wird der Inhalt der servitus luminum specieller gegenüber der serv. ne luminibus officiatur dahin bestimmt: ut vicinus lumina nostra excipiat, was nach dem Zusammenhang wohl so zu erklären ist, daß er beim Bauen unsere Fenster frei lassen muß (die sehr verschiedenen Meinungen darüber recensirt weitläufig Vangerow Leitfaden I S. 658—663. [Mommsen beseitigt diese servitus luminum durch die Emendation luminum in(mittendorum) in l. 4 cit.] Der Ausdruck serv. prospiciendi kommt nur in § 2 I. de action. (4, 6) vor. Auch der Note z erwähnte Fall könnte als servitus luminum oder de prospectu bezeichnet werden.

dd) L. 2 D. de serv. pr. urb. (8, 2) L. 2 pr. D. de serv. pr. rust. (8, 3) L. 7 § 1 D. comm. praed. (8, 4) L. 26 pr. D. de exc. rei iud. (44, 2) § 1 I. de servit. (2, 3).

ee) L. 9 D. de serv. pr. urb. (8, 2): Cum eo, qui tollendo obscurat vicini aedes, quibus non serviat, nulla competit actio. L. 10 eod. Die Klage aus einem solchen „ius altius tollendi“ ist daher die Klage aus dem Eigenthum, die negatoria L. 4 § 7 D. si serv. (8, 5).

ff) Theophilus (zu § 1 I. de servit.) erklärt die servitus non recipiendi stillicidii von einer früher bestehenden servitus recipiendi; dieß ist unrichtig, wenn wir es von einer reinen Befreiung verstehen, richtig, wenn wir, was im Text folgt, hinzudenken.

stituirung einer entgegengesetzten Servitut, wodurch jene beschränkt wird, geschehen, z. B. mein Grundstück war bisher der servitus altius non tollendi schlechtweg unterworfen, der Servitutberechtigte räumt mir nun das Recht ein, bis zur Höhe von zwanzig Fuß zu bauen.[gg]) In diesem Fall also ist das ius altius tollendi eine Servitut, und die Klage daraus nicht die Negatoria (Note ee), sondern die Confessoria (§ 256). Es giebt aber noch einen besonderen Fall, wo diese zur Anwendung kommt. Wenn jemand gegen seinen Nachbar, ehe dieser noch wirklich gebaut hat, klagt: ius ei non esse, aedes altius tollere, und der Beklagte verweigert die Einlassung auf die Klage (§ 173 Note l), so wird dieß gestattet, aber er erleidet den Nachtheil, daß er, wenn er künftig bauen will, mit der Klage aus dem ius altius tollendi auftreten muß, und diese Klage wird dann nicht als die Negatoria, sondern als Confessoria, das Recht daher als eine servitus altius tollendi behandelt, so daß ihm eine besondere Erwerbung dieses Rechts zu beweisen obliegt.[hh])

CCLIV. 2) Der zweite Grundsatz, der aus dem Begriff der Realservituten fließt, ist, daß der Vortheil, in dem ihr Inhalt besteht, durch das dienende Grundstück gewährt werden muß, durch eine Eigenschaft, die demselben innewohnt, sei es durch den Boden selbst (wie bei den Wegservituten, der Wasserleitung über das Grundstück), und durch seine gegenwärtige Beschaffenheit (bei den Servituten, die lediglich auf Unterlassung einer Veränderung gehen), oder durch seine natürlichen Bestandtheile (wie bei der Wasserleitung von dem Grundstück, dem aquaehaustus, der servitus arenae fodiendae u. s. f., dem Weiderecht), oder durch künstliche Bestandtheile, die aber ebenfalls dauernde Eigenschaften des Bodens geworden sind (wie die Gebäude bei der servitus oneris ferendi u. s. f.). Dieß insonderheit wird perpetua causa genannt. Daher kann z. B. das Recht, die Abfälle von einem Gewerbe, das auf dem Grundstück betrieben wird, zu beziehen, nie Realservitut sein.[a]) Darum kann ferner die servitus aquaeductus (wenn sie den Inhalt eines Wasserbezugs von dem Grundstück hat) oder aquaehaustus nur aus einem sich stets natürlich und fortwährend ergänzenden Wasservorrath gegeben werden, nicht wo das Wasser auf das dienende Grundstück erst durch eine künstliche Vorrichtung geschafft wird;[b]) die alten Juristen stellten den Grundsatz auf, nur ex capite vel ex fonte könnten jene Servituten bestellt werden, doch nahm man dieß später nicht so streng, wenn nur das Wasser nicht bloß vorübergehend oder bloß mittelst einer künstlichen Anstalt auf dem Grundstück sich befindet.[c])

3) Die beiden bisher erörterten Grundsätze, welche die Functionen der herrschenden und dienenden Grundstücke bei den Servituten betreffen, führen als dritten mit sich: daß die Grundstücke in einem örtlichen Verhältniß zu einander stehen müssen, welches die Gewährung des Vortheils von dem einen an das andere möglich macht. Man kann dieses Erforderniß Vicinität nennen,

---

gg) L. 11 D. de serv. (8, 1) L. 21 D. de serv. pr. urb. (8, 2) Fragm. vat. § 53 L. 26 D. de exc. rei iud. (44, 2). Andere Ansichten darüber s. bei Bangerow Leitfaden I § 342 Anm. 3.

hh) L. 15 D. de op. novi nunt. (39, 1). Vgl. oben § 233 Note b.

a) So wird in L. 28 D. de serv. pr. urb. (8, 2) der Bezug des Regenwassers, das auf das dienende Gebäude fällt, als Servitut zugelassen, nicht aber der des Abflusses von dem Wasser, welches dort zur Wirthschaft gebraucht und durch menschliche Kräfte erst hingeschafft wird.

b) L. 2 D. comm. praed. (8, 4) L. 1 § 5. 6 D. de aqua (43, 20).

c) L. 9 D. de serv. pr. rust. (8, 3) L. 1 § 7. 8 D. de aqua (43, 20) L. 1 § 4 D. de fonte (43, 22).

nur hat man dabei nicht an ein unmittelbares Anstoßen der beiden Grundstücke als durchgängige Bedingung zu denken.[d]) Der Inhalt der meisten Servituten setzt, zwar nicht das Angrenzen der Grundstücke, aber doch eine Verbindung derselben voraus, die dadurch hergestellt ist, daß das dazwischen liegende ebenfalls einer den Zusammenhang vermittelnden Servitut, oder auch ohne Servitut dieser Benutzung unterworfen ist, die Wegservitut z. B. ist möglich an einem von dem herrschenden entfernten Grundstück, eben so die Wasserleitungsservitut, wenn das dazwischen liegende derselben Servitut unterliegt, die servitus oneris und tigni, wenn der dazwischen liegende fremde Raum der servitus proiiciendi ꝛc. unterworfen ist; bei der Wegservitut kann der die Grundstücke trennende Raum auch eine via publica sein, nicht so bei jenen andern Servituten, weil das Durchschneiden und Ueberbauen des öffentlichen Wegs nicht gestattet wird.[e]) Aber es giebt Servituten, welche nicht einmal dieser Vermittelung bedürfen, so ist die servitus altius non tollendi und ne prospectui officiatur möglich, wenn Grundstücke dazwischen liegen, welche dieser Servitut nicht auch unterworfen sind, wenn nur und so lange ein Haus von dem andern aus gesehen werden, also die Erhöhung des einen dem andern den fraglichen Vortheil möglicher Weise entziehen kann.[f])

Servitutes personarum.

CCLV. Die Realservituten enthalten den usus eines Grundstücks für ein Grundstück, der usus einer Sache, unbeweglichen oder beweglichen, läßt sich aber auch für eine Person denken, also als Personalservitut. Als Realservitut ist der Usus regelmäßig sehr beschränkt, eine gewisse Seite desselben ist für das Bedürfniß des herrschenden Grundstücks bestimmt, ja es wird sich nie finden, daß der Usus des dienenden Grundstücks durch das herrschende völlig erschöpft wird. Auch bei der größten Extension, z. B. wenn die servitus silvae caeduae bestellt, und die Beschaffenheit der Umstände die ist, daß alles Holz, was ordnungsmäßig daraus geschlagen werden kann, von dem Bedürfniß des herrschenden Grundstücks in Anspruch genommen wird, so daß dem Eigenthümer nichts davon übrig bleibt, kann ihm doch noch eine sonstige Benutzung bleiben, und jedenfalls behält er die Detention der Sache, die niemals auf den Realservitutberechtigten übergeht.

Anders bei dem Usus für eine Person, das persönliche Bedürfniß trägt keine solche innere Schranke in sich. Ist einer Person der Usus gegeben, so bleibt für den Eigenthümer keiner übrig, auch die Detention der Sache ist mit jenem Usus verbunden, und wegen dieser Vollständigkeit ist es geschehen, daß unter dem Wort usus vorzugsweise der Usus als Personalservitut verstanden wird, welchem gegenüber das Eigenthum proprietas heißt. Eine willkürliche Beschränkung ist auch hier bei der Bestellung möglich; solcher beschränkter Usus ist es namentlich, wenn Befugnisse, die als Inhalt einer Realservitut vor-

---

d) Wenn daher an mehreren Orten vicinum praedium als Erforderniß erwähnt wird, z. B. L. 5 § 1 D. de serv. pr. rust. (8, 3), so wird anderswo auch wohl gesagt, es sei gleichgültig, ob die praedia vicina (in jenem absoluteren Sinne) seien oder nicht L. 6 pr. D. comm. praed. (8, 4).

e) L. 1 pr. D. de serv. pr. urb. (8, 2) L. 7 § 1 L. 38 D. de serv. pr. rust. (8, 3).

f) L. 38. 39 D. de serv. pr. urb. (8, 2) L. 7 § 1 D. comm. praed. (8, 4) L. 5. 6 pr. D. si servit. (8, 5).

kommen können, z. B. aquaehaustus, einer Person als Personalservitut verliehen werden.[a])

Der Inhalt der Personalservitut des Usus ergiebt sich aus dem, was oben (§ 252) über den Begriff des usus, im Gegensatz gegen den fructus, gesagt worden ist. Der Usuarius hat z. B. bei einem Haus das Recht, es zu bewohnen (mit den Seinigen), bei Sclaven die Dienste desselben, bei Thieren eben so, aber nur er hat diese Benutzung zu machen, er kann sie keinem Fremden überlassen, er ist nicht berechtigt, Wohnung und Dienste zu vermiethen, denn dieß wäre fructus, nicht usus. Bei einer fruchttragenden Sache hat er das Recht, von den Erzeugnissen (Feld- und Baumfrüchten bei einem Landgut, Holz von dem Wald) zu nehmen, aber nur für sein persönliches Bedürfniß, ohne das Recht des Verkaufs. Der eigentliche Fruchtbezug steht dem Eigenthümer (proprietarius) zu, dem der Usuarius daher den Zutritt zu der Sache und alles, was zur Gewinnung der Früchte nöthig ist, zu gestatten hat.[b]) Bei der Hinterlassung des usus im Testament (die gewöhnlichste Art seiner Entstehung) tritt der Interpretationsgrundsatz in Wirksamkeit: in testamentis plenius voluntates testantium interpretamur,[c]) man stellt die Erwägung voran, daß der Testator eine dem Honorirten günstige Meinung gehabt habe. So geschieht es, daß in den usus silvae, wenn der Wald so entfernt wäre, daß der Naturalholzbezug unvortheilhaft sein würde, die Befugniß, das Holz zu verkaufen, gelegt wird,[d]) in den usus aedium das Recht, einen Theil, der dem Legatar überflüssig ist (nur nicht das Ganze), zu vermiethen,[e]) in den usus equitii an einen Pferdeverleiher, dessen Gewerb dem Testator bekannt war, das Recht, die Pferde für sein Gewerb zu brauchen, also auch zu vermiethen.[f])

Die Personalservitut kann aber über den usus hinausgehen, es kann ihm auch der fructus hinzugefügt werden; in diesem Umfang heißt sie ususfructus (Nießbrauch), oder auch von ihrem unterscheidenden Element fructus schlechtweg, der Berechtigte usufructuarius oder fructuarius.[g]) Hier ist der Gewinn, der sich von der Sache machen läßt, von dem fremden Recht in Anspruch genommen (§ 252), dem Eigenthümer bleibt (abgesehen von besonders gemachten Beschränkungen) von der regelmäßigen Benutzung der Sache nichts übrig, es steht ihm nur das von seinem reellen Nutzen für die Gegenwart entblößte Eigenthum zu, ein Eigenthum, das für jetzt eben nur noch Eigenthum ist, und das darum die nuda proprietas heißt.

Bei einem so umfassenden Recht, wie der Ususfructus, ist es doppelt nöthig, seine Grenzen genau zu bestimmen, die Rechte des Usufructuars festzustellen, Uebergriffe in die Proprietät zu verhüten. Diese Grenzen lassen sich, von den weiteren zu den engeren fortschreitend, folgendermaßen zusammenfassen: 1) dem Usufructuar gehört der usus und fructus, nicht die Sache selbst, die Nutzung, nicht die Vernutzung, das Brauchen, nicht das Aufbrauchen derselben, usus, nicht abusus steht ihm zu. Die römischen Juristen nehmen dieß ausdrücklich in ihre Definition der Servitut auf: ususfructus est ius alienis

---

a) L. 14 § 3 D. de alim. leg. (34, 1),
b) Inst. II 5 Dig. VII 8: de usu —.
c) L. 12 D. de R. I. (50, 17).
d) L. 22 pr. D. de usu (7, 8).
e) L. 2 § 1 L. 4 pr. eod. Der Eigenthümer könnte auf den leerstehenden Theil des Hauses ohnehin keinen Anspruch machen L. 22 § 1 eod.
f) L. 12 § 4 eod.
g) Inst. II 4 Dig. VII 1: de usufructu (et quemadmodum quis utatur fruatur).

rebus utendi fruendi salva rerum substantia.[h]) 2) Was nun insonderheit das ius fruendi anlangt, so ist dieses durch den allgemeinen Begriff von fructus beschränkt; es begreift natürliche und juristische Früchte, aber nicht alle Erzeugnisse der Sache, daher dem Usufructuar z. B. nicht der partus ancillae fructuariae zufällt (§ 252 und 242 Note ii und kk). Es kann etwas im allgemeinen unter den Begriff von Früchten fallen, während es in einem besonderen Fall bei dieser Sache, nach der ihr gegebenen Bestimmung, nicht dahin gehört. So gehört der Gewinn durch Agricultur im allgemeinen zu dem fructus eines Grundstücks, aber wer den Ususfructus eines Lustgartens erhalten hat, darf ihn nicht als Oeconomiegut benutzen,[i]) ein Wohnhaus nicht als Herberge.[k]) Mineralien können in fructu sein, oder auch nicht,[l]) jenes wird regelmäßig der Fall sein, der Usufructuar wird sie daher benutzen können, ja wenn es sich um ein Grundstück handelt, das lediglich für den Gewinn bestimmt ist, so daß der Eigenthümer bei der Art der Benutzung kein Interesse hat, wird der Usufructuar den bisher mit geringerem Vortheil betriebenen Feldbau aufgeben, und Erz-, Steinkohlen- ꝛc. Gruben anlegen können.[m]) Einer Sache kann die Bestimmung gegeben sein, daß ihre Nutzung nur für andere verwendet werde, z. B. einem auf dem Gut befindlichen Wäldchen oder Gebüsch, daß daraus nur die für die Bewirthschaftung des Ganzen nöthigen Pfähle, Ruthen ꝛc. genommen werden, hier sind auch für den Fructuarius des Guts diese Erzeugnisse nicht fructus, er kann nicht davon verkaufen.[n]) 4) Aber auch innerhalb dieser Schranken ist freilich noch ein weiter Raum für Collision zwischen den Interessen des Usufructuars und des Proprietars, jener kann eine ihm an sich zuständige Nutzung auf eine Art oder in einem Umfang, mit übermäßiger Anstrengung der Productivität der Sache, machen, die der Erhaltung der Proprietät gefährlich wird. Die Entscheidung von Streitigkeiten darüber wird von den individuellen Verhältnissen des concreten Falls abhängen, als Princip dafür ist gegeben: boni viri arbitratu uti frui debet, causam proprietatis deteriorem facere non debet.[o])

Es entsteht die Frage, ob wie ein usus sine fructu, so auch ein fructus sine usu möglich sei? Hier muß daran erinnert werden, daß, wie oben bemerkt worden ist, in dem usus der eigentliche, wesentliche, aus ihrem Begriff fließende Inhalt der Servituten liegt (§ 252), der fructus nur eine darauf gesetzte Erweiterung ist. Es wird daher ein fructus sine usu nicht möglich sein, und wenn jemanden z. B. die jährlichen Früchte eines gewissen Landguts vermacht

---

h) L. 1 D. de usufr. (7, 1). Das salva rerum substantia ist im Grund nur eine nachdrückliche Wiederholung dessen, was schon in den Worten utendi fruendi liegt; dasselbe drückt Cic. top. 3 so aus: usus enim, *non abusus* legatus est.

i) L. 13 § 4 D. de usufr. (7, 1).

k) L. 13 § 8 L. 14 eod.

l) Daher widersprechen sich nicht L. 9 § 2 D. eod. und L. 32 D. de iure dot. (23, 3), von denen die letzte die Möglichkeit voraussetzt, daß sie nicht in fructu sind.

m) L. 13 § 5. 6 D. de usufr. (7, 1). Eine Mißkennung des Princips, von dem diese Entscheidung abhängt, hat sie Manchen als allzu exorbitant erscheinen lassen, und Emendationen hervorgerufen, die durchaus verwerflich sind.

n) L. 9 § 7 D. eod. Es versteht sich, daß diese Beschränkung nicht bei jedem Wald eintritt, der Theil eines Landguts ist. [Richtiger wird die angeführte Stelle (schon von Stephanus und Accursius) auf die Waldflecke bezogen, welche nicht zu diesem Gut gehören, aber bisher von dem Eigenthümer für dasselbe benutzt wurden. In diesem Fall kann der Fructuarius sie ebenfalls nicht zum Verkauf, sondern nur für das Gut nutzen, Laspeyres im Archiv für civ. Praxis XIX Num. 4. Zachariä in der Zeitschrift für gesch. Rechtswiss. XIV S. 126 (1848). R.]

o) L. 9 pr. L. 13 pr. § 4 L. 15 § 4 D. eod.

werden, so ist dieß entweder als Ususfructus zu betrachten, und diese Interpretation wird bei Vermächtnissen regelmäßig stattfinden,[p]) oder, wenn dieß die Absicht erweislich nicht war, gar nicht als Servitut, sondern als bloße Forderung, denn fructus (als Servitut) sine usu esse non potest.[q]) Dennoch ist dieses Resultat vorübergehend möglich, wenn der Eigenthümer an einer Sache, woran ein Anderer schon den Usus hat, den Fructus bestellt,[r]) dieser Fructuar hat den Usus nicht, aber nur für jetzt nicht, er hat ihn als einen künftigen, wenn der Usuar sein Recht vor ihm verlieren wird.

Es ist wohl unbedenklich zu behaupten, daß die servitutes praediorum älter sind, als die Personalservitut. Man kann nicht sagen, daß dieser ein natürliches Bedürfniß unterliegt, wie es zu jenen hinführt. Aber jene Behauptung darf nicht so verstanden werden, als hätte sich das Recht der Personalservitut erst sehr spät, etwa gegen das Ende der freien Republik oder wenigstens lange nach den Zwölf Tafeln gebildet, zu einer solchen Annahme sind wir durch nichts veranlaßt. Die gewöhnlichste Entstehung der Personalservitut ist die durch Testament, hier liegt ihr die Absicht einer Vereinigung des Wunsches, einer Person etwas zuzuwenden, und der Abneigung, die Sache dem Erben gänzlich zu entziehen, zu Grunde. Das Eigenthum soll ihm erhalten werden, dieser Absicht kommt das Recht dadurch entgegen, daß es den Berechtigten (auch wenn dieß nicht bei der Bestellung von den Parteien selbst vorgesehen wäre) zu einer Caution durch Bürgen verpflichtet.[s]) Diese cautio usufructuaria (oder usuaria) hat einen doppelten Inhalt, sie geht auf die Existenz der Verbindlichkeiten während des Nießbrauchs, die in dem Satz zusammengefaßt werden: usurum (fruiturum) se boni viri arbitratu, und auf die Restitution nach geendigtem Nießbrauch: cum ususfructus ad eum pertinere desinet restituturum, quod inde extabit. Ja die römischen Juristen und Principes haben den Erben sogar gegen einen Erlaß dieser Caution durch den Testator in Schutz genommen, dieser Erlaß soll ohne Wirkung sein.[t])

Diese Legate des Ususfructus wurden, besonders unter gewissen Verhältnissen (z. B. von dem Mann an die ihn überlebende Frau), ungemein häufig. Man hatte Ursache, sie zu begünstigen, es war vernünftig, die Möglichkeit, daß jemanden der lebenslängliche Genuß eines Guts, ohne den Erben das Eigenthum zu entziehen, zugewendet werden konnte, zu erweitern. So erklärt sich die Entstehung des Rechtssatzes, daß die Bestellung des Ususfructus auch an solchen Gegenständen, woran er salva rerum substantia, also in seiner eigent-

---

p) L. 20 D. eod. Wenn zweien, einem der usus, dem andern der fructus vermacht wird, so hat jener den usus sine fructu, dieser aber den ususfructus L. 14 § 2 D. de usu (7, 8).

q) Paul. III 6, 24 L. 14 § 1 D. de usu (7, 8): — denique si tibi fructus deducto usu legatus sit, inutile esse legatum —. Diese letztere Entscheidung setzt ein legatum per vindicationem voraus, wodurch eine Forderung nicht vermacht werden kann, also das Legat unwirksam ist, wo sein Gegenstand nur als Forderung aufrecht erhalten werden könnte.

r) L. 14 § 3 D. eod. L. 5 § 2 D. usufr. qu. cav. (7, 9). — Was L. 13 § 3 D. de acceptil. (46, 4) anlangt: Si quis usumfructum stipulatus usum accepto tulerit, si quidem sic tulerit acceptum, quasi usu debito, liberatio non continget, si vero quasi ex usufructu, cum possit usus sine fructu constitui, dicendum est acceptilationem valere, so glaube ich jetzt, daß die Worte: cum possit — constitui versetzt sind, und hinter debito gehören; nur dadurch entsteht, wie mir scheint, ein einwandfreier Sinn. Ueber andere Ansichten s. Vangerow Leitfaden I S. 683. [Keller Zeitschrift für gesch. Rechtswiss. XV 5 (1849), Rudorff zu Puchta Vorlesungen 1854 § 181 Note 2.]

s) Dig. VII 9: usufructuarius quemadmodum caveat.

t) Iulian. L. 6 pr. D. si in posses. leg. (36, 4) L. 1 C. de usufr. (3, 33) und besonders Alex. L. 7 C. ut in poss. leg. (6, 54).

lichen Beschaffenheit, nicht möglich ist, aufrecht zu erhalten sei, z. B. an Geld, an Victualien, überhaupt an Sachen, deren Existenz durch den Gebrauch sofort (überhaupt oder für den Eigenthümer, wie bei dem Geld, das man durch Ausgeben desselben gebraucht) aufgehoben oder verringert wird: res, quae usu consumuntur vel minuuntur, quae in abusu consistunt, quae in absumtione sunt (s. g. verbrauchbare Sachen).[u]) Dieß ließ sich dadurch erreichen, daß man das Recht an solchen Gegenständen seiner Entstehung und seiner Endigung nach (ferner in Beziehung auf die cautio usufructuaria) wie einen Ususfructus, quasi usumfructum, behandelt,[v]) und den Quasiusufructuar, auf den das Eigenthum der Sachen übergeht, verpflichtet, finito usufructu dieselbe Quantität oder den Werth wiederzuerstatten.[w]) Dieser Quasiususfructus wurde durch ein Senatusconsultum bestätigt: ut omnium rerum, quas in cuiusque patrimonio esse constaret, ususfructus legari possit.[x]) Anfangs gab es Juristen, die das Gesetz auf Sachen beschränken wollten; in der That war kein Grund, den Ususfructus in derselben Weise nicht auch bei Rechten, namentlich Schuldforderungen, zuzulassen, und diese Meinung wurde bald die allgemeine.[y])

Mit usus und ususfructus sind eigentlich die Formen der Personalservitut erschöpft. Jede verliehene Personalservitut würde sonach unter einen dieser beiden Begriffe fallen. Nun kam es vor, daß in Testamenten der Gebrauch gewisser Gegenstände vermacht wurde, ohne daß der Testator sich jener technischen Ausdrücke bediente, namentlich die habitatio in einem Haus, die operae eines Sclaven oder Thiers. In der That ist dieß nur eine factische Bezeichnung dessen, was in der juristischen Sprache usus aedium, usus servi heißt.[z]) Manche Juristen mögen dabei stehen geblieben sein,[aa]) andere gingen

---

u) Dig. VII 5: de usufructu earum rerum, quae usu consumuntur vel minuuntur.

v) Von den Endigungsarten sind nur anwendbar Tod und capitis deminutio L. 9. 10 pr. D. eod. Fragm. vat. 46. — pecuniae quoque ususfructus legatus per annum non utendo (non amittitur), quia nec ususfructus est, et pecuniae dominium fructuarii, non heredis est. — Eine Unterscheidung zwischen Usus und Ususfructus ist hier nicht möglich L. 5 § 2 L. 10 § 1 D. eod.

w) L. 2 § 1 L. 5 § 1 L. 7. 9. 10 pr. 11 D. eod. Bei manchen Sachen kann es zweifelhaft sein, ob sie als brauchbare zu behandeln sind, deren Werth schlechterdings erstattet werden muß, oder als Gegenstände eines wahren Ususfructus, wobei nur, was und wie es noch in natura vorhanden ist (vorausgesetzt, daß dem Usufructuar keine Pflichtwidrigkeit zur Last fällt), restituirt zu werden braucht. So bei Kleidungsstücken, Teppichen ꝛc. Die Entscheidung wird von den Umständen des besonderen Falls abhängen: L. 9 § 3 D. usufr. qu. cav. (7, 9) L. 15 § 4. 5. D. de usufr. (7, 1) § 2 I. de usufr. (2, 4).

x) Ulpian. XXIV 27 L. 1 D. de usufr. ear. rer. (7, 5). Gewöhnlich behauptet man, dieses Recht habe zu Cicero's Zeit noch nicht gegolten, wegen top. 3: non debet ea mulier, cui vir bonorum suorum usumfructum legavit, cellis vinariis et oleariis plenis relictis, putare id ad se pertinere, usus enim, non abusus legatus est. Aber so konnte Cicero schreiben, auch wenn der Ususfructus, um den es sich handelt, wirklich ein ususfructus omnium bonorum war, die Vorräthe, die sie vorfindet, gehören der Frau nicht wie die künftigen, jene sind nicht fructus, sondern Gegenstand der Benutzung. Puchta Kleine civil. Schriften 1851 S. 214 f.

y) L. 3 D. de usufr. ear. rer. (7, 5) L. 24 pr. D. de usu et usufr. leg. (33, 2). Auch schon jene Juristen ließen den ususfructus nominis zu, wenn er dem Schuldner selbst vom Gläubiger vermacht war, denn hier ist er in der That ein ususfructus der pecunia, die jener schuldet.

z) L. 5 D. de operis servorum (7, 7): Operis servi legatis usum datum intelligi et ego didici et Iulianus existimat. L. 10 pr. D. de usu et habitatione (7, 8).

aa) Eine Verschiedenheit der Ansichten über die Behandlung der habitatio legata bezeugt Ulpian L. 10 cit. und Justinian L. 13 C. de usufr. (3, 33).

insofern auf den Ususfructus über, als sie eine Vermiethung gestatteten.[bb]) Neben diesen aber hatte sich von Anfang die Ansicht gebildet und erhalten, daß man ein solches Legat weder als usus noch als ususfructus behandeln, sondern schlechterdings an dem, was aus dem vom Testator gebrauchten Wort natürlich folge, festhalten müsse, und dieß war in Beziehung auf die habitatio die Wohnung, in Beziehung auf die operae die Bedienung durch den Sclaven. Eben so müßten aber auch die reinjuristischen Endigungen durch non usus und capitis deminutio wegfallen.[cc]) Aus diesen verschiedenen Auffassungen bildete sich zuletzt eine Theorie, in welcher die dem Berechtigten günstigen Momente aus allen jenen Ansichten vereinigt wurden; diese ist in die justinianische Gesetzgebung aufgenommen, worin wir habitatio und operae (servorum et animalium) als zwei zu den beiden regelmäßigen hinzugekommene, unregelmäßige Personalservituten finden, bei denen Vermiethung gestattet, dagegen die Endigung durch non usus und capitis deminutio ausgeschlossen ist.

Die Klagen aus den Servituten und ihre Begründung.

CCLVI. Das Servitutrecht wird gegen den, der seine Ausübung hindert oder stört, mit einer in rem actio geltend gemacht, die eine iuris petitio, servitutis vindicatio ist:[a]) ius utendi fruendi, eundi agendi etc. nobis esse, und die im Gegensatz gegen die negatoria (§ 232), wodurch die Existenz eines solchen Rechts geleugnet wird, confessoria de usu, usufructu, servitute actio genannt wird.[b]) Belangt wird nicht bloß der Eigenthümer, sondern jeder, welcher das Recht des Klägers verletzt. Wegen einer Personalservitut geht sie gegen den, der dem Kläger die Detention vorenthält, also gegen den Besitzer, gleich der rei vindicatio, und auch ihr Gegenstand ist dem dieser Klage analog,[c]) aber dieß ist nicht ihre einzige Veranlassung, auch wegen einer partiellen Verletzung findet sie Statt, und dahin gehört auch der Fall, wenn der Usufructuar eines Grundstücks an der Ausübung einer Realservitut gehindert wird, er hat hier nicht die Confessoria aus dieser Servitut, sondern aus seinem eigenen Recht, er kann usumfructum petere, zu dessen Inhalt die Ausübung jener Servitut mit gehört.[d]) Wegen einer Realservitut wird gegen jeden geklagt, der etwas vornimmt, wodurch ihre Ausübung gehindert oder gestört wird,[e])

---

bb) § 5 I. de usu et hab. (2, 5) L. 2 D. de usu et usufr. leg. (33, 2).

cc) L. 10 D. de cap. min. (4, 5): — quia tale legatum in facto potius, quam in iure consistit L. 2 D. de operis serv. (7, 7) L. 10 pr. D. de usu et hab. (7, 8). Nach L. 2 de usu et usufr. leg. (33, 2) soll das operarum legatum auf die Erben transmittirt werden, dieß hat man mit Unrecht so verstanden, als sollten die operae nicht durch den Tod des Berechtigten erlöschen. Die Transmission wird aber nur von dem „legatum" ausgesagt, und ist auf den Fall, daß der Legatar selbst noch nicht in den Genuß gekommen war, zu beschränken. — Ueber den Zusammenhang der Rechte nach dieser Auffassung mit dem Recht der Alimente s. Savigny System II S. 110 ff.

a) Dig. VII 6: si ususfructus petetur, vel ad alium pertinere negetur VIII 5: si servitus vindicetur, vel a. a. p. n.

b) L. 2 pr. D. si servit. (8, 5).

c) L. 5 § 1 sqq. L. 6 D. si ususfr. (7, 6).

d) L. 1 pr. 5 § 1 D. eod. Manche Juristen scheinen ihm auch die Confessoria aus der Realservitut statt des Eigenthümers als utilis actio, die ihm dort abgesprochen wird, zugestanden zu haben L. un. § 4 D. de remission. (43, 25).

e) L. 4 § 5 L. 10 § 1 D. si servit. (8, 5). Bei manchen Servituten geht sie allerdings nur gegen den Eigenthümer oder Besitzer des dienenden Grundstücks (der übrigens bei allen der gewöhnlichste Beklagte sein wird) L. 6 § 3 D. eod., aber nur darum, weil nach der Beschaffenheit

der Gegenstand ist die Unterlassung dieser Störung und die Wiederherstellung des Zustands vor der Störung, wohin auch Ersatz der dadurch entstandenen Nachtheile gehört.[f] Der große Unterschied ist stets zwischen der Servitutenklage und der rei vindicatio, daß die Sache selbst nur durch den Nichtbesitzer, die Servitut dagegen möglicherweise auch durch den (Quasi-) Besitzer derselben vindicirt werden kann.[g]

Kläger ist der Servitutberechtigte, bei Realservituten der Eigenthümer des herrschenden Grundstücks,[h] doch wird eine utilis actio statt seiner auch dem Emphyteuta, dem Superficiarius, dem Pfandgläubiger gegeben.[i] Dem Kläger liegt der Beweis der Servitut ob, wenn ihre Existenz bestritten wird, dieser Beweis wird geführt durch den ihrer Erwerbung. Wie nun werden Servituten erworben? Die römischen Juristen unterscheiden servitus iure (civili) constituta und tuitione praetoris constituta. Es giebt Entstehungsarten des Jus civile, ursprünglich die einzigen, die von Wirkung waren, das magistratische Recht ergänzte sie durch Anerkennung anderer Fälle und Formen, mit denen es die gleiche Wirkung einer confessoria in rem actio verband.

1) Nach Jus civile können Servituten durch Testament bestellt werden, diese Entstehung war bei Personalservituten die häufigste. Ihre Voraussetzungen werden sich erst im Erbrecht darstellen lassen. Für die vertragsmäßige Bestellung ist die Hauptform in iure cessio, eine Scheinvindication der Servitut vor dem Magistrat, in derselben Art wie diese Handlung bei der Erwerbung des Eigenthums vorkommt, servitutes praediorum rusticorum können auch durch Mancipation bestellt werden.[k] Dieß ist nur an Sachen möglich, die selbst in iure cedirt oder mancipirt werden können, also nicht bei Provincialgrundstücken,[l] der Besteller ferner muß Eigenthümer der Sache, und bei Realservituten der Erwerber Eigenthümer des Grundstücks sein, für welches die Servitut erworben werden soll.[m] Aber nicht bloß die Servitut selbst kann in iure cedirt, und wenn sie rustica ist, mancipirt werden, alle Servituten lassen sich bei Gelegenheit der In Jure Cessio oder Mancipatio der Sache, die

---

der Servitut bloß von diesem eine Verletzung factisch möglich ist, z. B. wenn aus der servitus oneris ferendi wegen Untauglichkeit der dienenden Mauer geklagt wird.

f) L. 4 § 2 L. 6 § 6 L. 7. 15. 18 D. eod. Die Klage ist arbitraria, eine Condemnation erfolgt, wenn der Beklagte nicht arbitratu iudicis restituirt oder Caution leistet, zu restituiren und künftige Störungen zu unterlassen. — Auf Bestellung der Servitut kann die Klage natürlich nicht gehen, da sie ja ihre Existenz voraussetzt: — per sententiam non debet servitus constitui, sed quae est, declarari — L. 8 § 4 D. eod.

g) L. 5 § 6 D. si ususfr. (7, 6) L. 6 § 1 D. si servit. (8, 5). Nur hat der juristische Besitzer des Servitutrechts nicht nöthig, die Confessoria anzustellen, er kann mit dem possessorischen Interdict den Schutz des Besitzers fordern, und den Gegner zur Anstellung der Negatoria, wenn er ihm die Servitut bestreiten will, nöthigen. Ja selbst wenn der Quasibesitzer sogleich mit der Confessoria aufgetreten wäre (auch giebt es ja Servituten, aus deren Besitz keine Interdicte gegeben sind § 230), so hat er zwar nicht den Vortheil des Schutzes bis zum Ausgang des Processes, aber die Beweislast (petitoris et possessoris partes) wird dennoch mit Rücksicht auf den Besitz bestimmt, und sie trifft den Gegner eben so, wie wenn dieser mit der Negatoria aufgetreten wäre L. 8 § 3 D. si servit.

h) L. 2 § 1 L. 6 § 3 D. eod.

i) L. 16 D. de serv. (8, 1) L. 3 § 3 L. 9 D. de op. novi nunt. (39, 1) vgl. Note d.

k) Gai. II 29. 30. 32 Ulpian. XIX 11.

l) Gai. II 31.

m) L. 1 § 1 L. 6 pr. 8 D. comm. praed. (8, 4). Ein bestehender Ususfructus an dem Grundstück hindert die Bestellung einer Realservitut an demselben (nicht die Erwerbung einer solchen für dasselbe), sofern sie sich auf den dem Fructuar zustehenden Usus bezieht und diesen verringern würde. Die Zustimmung des Fructuars kann dieß nicht ändern, da er den usus nicht theilweise aufgeben kann L. 15 in f. L. 16 D. de usufr. (7, 1).

der Servitut unterworfen werden soll, bestellen, indem der Uebertragende dieses Element des Eigenthums zurückbehält, deducto usufructu, deducta servitute mancipirt oder cedirt.[n]) Bei der Tradition der Sache wäre diese Deductio eine bloße formlose Uebereinkunft, der nach Jus civile die Wirkung, eine Servitut hervorzubringen, nicht zukommt; dieß hat sich auch nicht verändert dadurch, daß der Traditio bei res nec mancipi die Wirkung der Eigenthumsveräußerung zuerkannt wurde, man hat sie durch diese Nachgiebigkeit gegen ein fühlbares Bedürfniß keineswegs überall der in iure cessio gleichstellen wollen; eben so wenig ist die Tradition der Servitut selbst eine Bestellungsart.[o]) Dagegen kann der Richter in Theilungsklagen durch die Adjudicatio an der zu theilenden Sache Servituten bestellen, indem er z. B. dem einen Theil des Grundstücks zum Besten des andern eine Realservitut auflegt, oder eine Sache so theilt, daß er dem Einen die Proprietät, dem Andern den Ususfructus zuweist.[p]) Im späteren Recht kommt eine Entstehung des Ususfructus durch Rechtsvorschrift vor, indem theils in gewissen Fällen ein Eigenthümer die Proprietät verwirkt, den Ususfructus behält, theils vermöge der väterlichen Gewalt zuweilen der Nießbrauch erworben wird, so daß bei dem Erwerb einer Sache durch einen Filiusfamilias eine Trennung von Proprietät und Ususfructus eintreten kann.

Ist die usucapio auf Servituten angewendet worden? Wo die Servitut Bestandtheil eines Grundstücks ist (Realservitut), wird sie bei der Usucapion dieses mit erworben.[q]) Dieß setzt voraus, daß die Existenz der Servitut selbst erwiesen ist. Aber wurde nicht die Ausübung der Servitut die Usucapionszeit hindurch selbst als Entstehungsart behandelt? Dieß wäre eine eigentliche usucapio servitutum, man hätte zu diesem Behuf einen Besitz der Servituten wie einen Besitz der körperlichen Gegenstände annehmen müssen. Daß diese Ansicht dem ältesten Recht fremd war, daß die quasi possessio einem späteren Fortschritt in der Rechtsentwickelung angehört, ist wohl mit Entschiedenheit zu behaupten.[r]) Eine Classe von Servituten aber gab es, von denen man sagen konnte, sie werden in dem Besitz einer Sache mitbesessen, indem sie sich gewissermaßen als körperliche Qualitäten derselben darstellen; dieß ist der Fall bei den servitutes praediorum urbanorum (vgl. § 230). Bei diesen ließ sich eine Entstehung der Servitut selbst mit dem zweijährigen Usucapionsbesitz des

---

n) Gai. II 33 Fragm. vat. 47—50. Ein ususfructus kann ex certo tempore und ad certum tempus, eben so mit einer Bedingung, durch Legat bestellt werden, ad certum tempus auch durch in iure cessio, denn die Vindication ist mit diesem Zusatz möglich (Fragm. vat. 52: usumfructum ad certum tempus constitutum cum adiectione temporis vindicari debere), nicht ex certo tempore, denn man kann nur ein gegenwärtiges, nicht ein künftiges Recht vindiciren. Nun gab es Juristen, die auch bei der deductio Zeit und Bedingung unzulässig fanden, andere dagegen behandelten die deductio in dieser Hinsicht mit Recht ganz wie das Legat Fragm. vat. 50. *o*) Gai. II 28 Fragm. vat. 47.

p) L. 6 § 1 D. de usufr. (7, 1) L. 22 § 3 D. fam. erc. (10, 2) L. 6 § 10 L. 18 D. comm. div. (10, 3). Fragm. vat. § 47 setzt ein legitimum iudicium voraus, bei einem iudicium imperio continens beruht daher die von dem Richter bestellte Servitut tuitione praetoris.

q) Ulpian. L. 10 § 1 D. de usurp. (41, 3): hoc iure utimur, ut servitutes per se nusquam longo tempore (usu)capi possint, cum aedificiis possint.

r) Daher auch später noch immer gesagt werden konnte: incorporales res traditionem non recipere manifestum est Gai. II 28, — incorp. res traditionem et usucapionem non recipere manifestum est Gai. L. 43 § 1 D. de adquir. dom. (41, 1), was sich nicht wohl denken läßt, wenn dieser Besitz von Anfang neben dem körperlichen im Recht gewesen war, wohl aber, wenn der unkörperliche eine spätere Ausdehnung ist, welche die alte Ausschließlichkeit des körperlichen doch nicht in allen Anwendungen durchbrochen hat.

Hauses, für das sie bestimmt ist, behaupten, und es ist keinem Zweifel unterworfen, daß dieß auch wirklich geschah, bis eine Lex Scribonia (deren Alter und sonstiger Inhalt ungewiß ist) diese Usucapion aufhob.[s]) So beruht also die Unstatthaftigkeit der Usucapion bei servitutes praediorum rusticorum (wie auch bei den Personalservituten) auf der Natur der Usucapion selbst, bei servitutes praediorum urbanorum auf jenem Gesetz.[t])

2) Bei dem so eben dargestellten Jus civile über die Entstehung der Servituten bleibt der größte Theil von dem Areal des römischen Reichs, nämlich der Provincialboden außer Ansatz. Nun ist nicht zu zweifeln, daß von den ersten Zeiten provincieller Grunderwerbungen das Bedürfniß solcher Rechte, wie die römischen Servituten, sich (wenn auch vielleicht je nach besonderen Einrichtungen und Landesgewohnheiten, die jene Rechte theilweise ersetzen konnten, in verschiedenem Grade) fühlbar machte. Wie sollten nun römische Grundbesitzer in den Provinzen Weggerechtigkeiten, Wässerungsservituten, Bauservituten u. s. f. erwerben und bestellen? Das nächste Mittel war, durch Uebereinkunft (pactione) ein solches Recht zu geben und diesem Vertrag durch eine Stipulation, wodurch die Leistung des Interesse oder einer bestimmten Geldsumme (Conventionalstrafe) für den Fall der Hinderung oder Störung versprochen wurde, Kraft und Wirkung zu verleihen. Dieses Geschäft kommt denn auch unzähligemal bei den römischen Juristen in Beziehung auf Servituten vor,[u]) aber nach dem bis dahin bestehenden Recht hatte es keineswegs die Wirkung, eine Servitut hervorzubringen, es war nur ein Surrogat der Servitut, das nur hinreichte, so lang das Eigenthum der Sache bei einer Person blieb, die durch die Stipulation verpflichtet war. Um einer solchen Vereinbarung eine höhere Wirkung, die nämlich einer wirklichen Servitut, als eines gegen jeden, mochte er Universalsuccessor des Bestellers sein oder nicht, geltend zu machenden Rechts zu geben, mußten sich die Prätoren interponiren, eine utilis actio confessoria aufstellen, und damit jenen Vertrag als wahre Bestellung einer Servitut erklären. Daß dieß nun wirklich geschehen ist, erhellt auf das unzweideutigste aus den Stellen, die theils den Vertrag als Bestellungsart anstatt der In Jure Cessio und Mancipatio, die bei Provincialgrundstücken nicht möglich sind, angeben,[v]) theils ihn andern Bestellungsarten gleich-

---

s) L. 4 § 29 D. de usurp. (41, 3): — eam usucapionem sustulit lex scribonia, quae servitutem constituebat — es ist die einzige Erwähnung dieses Gesetzes in unsern Quellen.

t) Diese Unterscheidung tritt auch hervor in L. 14 pr. D. de servit. (8. 1): Servitutes praediorum rusticorum etiamsi corporibus accedunt, incorporales tamen sunt, et ideo usu non capiuntur, vel ideo quia tales sunt servitutes, ut non habeant certam continuamque possessionem. nemo enim tam perpetuo, tam continenter ire potest, ut nullo momento possessio eius interpellari videatur. Idem et in servitutibus praediorum urbanorum observatur. S. v. Löhr Magazin für Rechtswiss. III 3 (1810).

u) Z. B. Stipulatio: per te non fieri neque per heredem tuum, quo minus mihi heredique meo ire agere liceat, si adversus ea factum sit tantum dari L. 2 § 5 L. 4 § 1 L. 49 § 1 L. 85 § 3 L. 111 D. de V. O. (45, 1) — uti frui, ire agere licere L. 38 § 10 —12 L. 130 eod. So sagte Labeo, wenn jemand eine Wegservitut gekauft habe, vertrete die Stipulation die Stelle der Traditio (zu der ein Verkäufer sonst verpflichtet ist), wogegen Javolen bemerkt, es sei nicht nothwendig, eine andere Pflicht des Verkäufers der regelmäßigen zu substituiren, weil es auch hier eine Quasitraditio gebe L. 20 D. de servit. (8, 1). Natürlich dürfen nicht jene Stipulationen, die eine bestellte Servitut (oder was dafür gilt) voraussetzen, mit einer solchen verwechselt werden, welche die künftige Bestellung zum Gegenstand hat, z. B. L. 136 § 1 D. de V. O. (45, 1): Si qui *viam ad fundum suum dari* stipulatus fuerit, postea fundum partemve eius ante constitutam servitutem alienaverit, evanescit stipulatio.

v) Gai. II 31: Sed haec scilicet in italicis praediis ita sunt, quia et ipsa praedia

ſetzen.[w]) Außer und neben dem reinen Vertrag (der pactio) wird noch die Stipulation, und dann noch die Tradition der Servitut erwähnt, wie verhalten ſich dieſe Rechtsgeſchäfte zur Beſtellung der Servitut? Die Function der stipulatio für die Zeit vor der Anerkennung jener Servituten als dinglicher Rechte durch den Prätor iſt vorhin angegeben worden. Nach dieſer Anerkennung iſt es die pactio, an welche ſich das Recht der Servitut anknüpft, die Stipulatio diente in dieſer Beziehung dazu, die Uebereinkunft ſelbſt auf unzweideutige Weiſe zu conſtatiren.[x]) Daneben aber hat ſie noch immer den (hinſichtlich der eigentlichen Servitutenwirkung exoteriſchen) Vortheil, dem Berechtigten eine perſönliche Klage gegen den Verpflichteten zu verſchaffen, die ihm unter Umſtänden nützlicher ſein konnte als die Servitutenklage. In einem ähnlichen Verhältniß ſteht zu jenem Pactum die Tradition der Servitut. Jemand, der zur Beſtellung einer Servitut verpflichtet iſt, kann inſonderheit zur Tradition derſelben verpflichtet ſein,[y]) in ihr liegt jenes Pactum, und darum, aber auch bloß darum enthält ſie eine Beſtellung der Servitut.[z]) Die Tradition ſelbſt fügt noch etwas hinzu, wovon das Recht der Servitut nicht abhängt, und das hinwieder von dem Recht der Servitut unabhängig iſt, dieß iſt der Beſitz, ohne den die Beſtellung (wie nach Civilrecht durch in iure cessio, ſo nach prätoriſchem durch pactum), und der ohne das Recht der Servitut ſich denken läßt. Der Vortheil

---

mancipationem et in iure cessionem recipiunt. Alioquin in provincialibus praediis sive quis usumfructum, sive ius eundi agendi aquamve ducendi vel altius tollendi aedes aut non tollendi, ne luminibus vicini officiatur, ceteraque similia iura constituere velit, pactionibus et stipulationibus id efficere potest, qua ne ipsa quidem praedia mancipationem aut in iure cessionem recipiunt. Nichts kann evidenter ſein, als daß hier der Vertrag bei provincialen mit der in iure cessio bei italiſchen Grundſtücken auf gleiche Linie geſtellt wird, daß Gaius den Vertrag als Beſtellungsact bezeichnet, und daß er bei ihm ſo wenig wie bei jener noch etwas anderes, das erſt hinzukommen müßte, im Sinne haben kann. Eben ſo African L. 33 pr. D. de serv. pr. rust. (8, 3), vgl. L. 3 C. de servit. (3, 34).

w) Ulpian. L. 25 § 7 D. de usufr. (7, 1): Quod autem diximus, ex re fructuarii vel ex operis posse adquirere, utrum tunc locum habeat, quotiens iure legati ususfructus sit constitutus, an et si per traditionem *vel stipulationem vel alium quemcunque modum*, videndum —. Es iſt hier von einem Sclaven die Rede, daraus iſt natürlich ein Rückſchluß auf das Recht bei Provincialgrundſtücken zuläſſig, bei denen der Vertrag zuerſt jene Wirkung erhielt, die nachher auf andere Fälle erſtreckt wurde.

x) In dieſem Sinn ſagt African L. 33 pr. D. de serv. pr. rust. (8, 3): Cum essent mihi et tibi fundi duo communes, titianus et seianus, et in divisione convenisset, ut mihi titianus, tibi seianus cederet, invicem partes eorum tradidimus, et in tradendo dictum est, ut alteri per alterum aquam ducere liceret. Recte esse servitutem impositam ait, maxime si pacto stipulatio subdita sit. Eine Beſtellung durch deductio, wie bei der mancipatio, iſt bei der Tradition der Sache nicht zuläſſig, Fragm. vat. 47, alſo iſt hier das ſelbſtändige pactum der Beſtellungsact, und dieſe Uebereinkunft iſt außer allen Zweifel geſetzt, wenn eine Stipulation vorliegt.

y) So beim Kauf L. 20 D. de servit. (8, 1), vgl. Note u. Ferner durch Teſtament Gai. L. 3 pr. D. de usufr. (7, 1): Omnium praediorum iure legati potest constitui ususfructus, ut heres iubeatur dare alicui usumfructum (dieß alſo iſt auch bei Provincialgrundſtücken möglich, bei italiſchen kann überdieß die Servitut gleich durch das Legat — Vindicationslegat — ſelbſt beſtellt werden. Wenn alſo der Teſtator den Erben verpflichtet hat, die Servitut zu beſtellen, ſo fragt ſich, was hat er zu thun? Bei italiſchen Grundſtücken iſt er zur in iure cessio verpflichtet, bei provincialen aber: dare autem intelligitur, si induxerit in fundum legatarium eumve patiatur uti frui (er kann nicht in iure cediren, ſo ſoll wenigſtens die Verpflichtung zu dem verſtanden werden, was dem Legatar das Vortheilhafteſte unter dieſen Umſtänden iſt). Et sine testamento autem si quis velit usumfructum constituere, pactionibus et stipulationibus id efficere potest (hier bedarf es dann alſo keiner Zuthat, dieſes ſelbſt iſt die Beſtellung, während das Teſtament nur eine Verpflichtung auflegt, nicht ſchon die Beſtellung ſelbſt enthält, wo das Vindicationslegat nicht möglich iſt).

z) Deshalb werden traditio und stipulatio neben einander geſtellt, Note w.

aber, der dem Berechtigten dadurch erwächst, besteht darin, daß, während er durch das einfache Pactum die utilis confessoria hat, bei der er aber das Recht seines Bestellers beweisen muß, die Tradition ihm die publiciana actio verschafft, bei der ihm dieser Beweis nicht obliegt, und die ihm gegen den Nichteigenthümer der dienenden Sache denselben Erfolg gewährt wie jene.[aa])

Der Prätor schützte auch Servituten, die der Besitzer eines Ager vectigalis oder ein Superficiarius bestellt hatte, so lange diese iura in re als solche, also getrennt von dem Eigenthum bestehen. Auch hier war die Bestellungsform Vertrag, aber vielleicht war die Klage hier immer die publiciana (eben weil die Bestellung von einem Nichteigenthümer geschah), und es wurde daher stets die Tradition der Servitut vorausgesetzt.[bb])

Das prätorische Recht hat endlich die Entstehungsarten der Servituten noch durch die Einführung einer Ersitzung ergänzt, analog der longi temporis possessio, die für das Eigenthum an Provincialgrundstücken eingeführt worden war.[cc]) Wer die Servitut als sein Recht zehn oder zwanzig Jahre hindurch weder vi, noch clam, noch precario ausgeübt hat, dem gilt diese „longa consuetudo" als rechtmäßige Erwerbung, die Servitut ist longa quasi possessione entstanden, und er hatte eine utilis actio, bei der er nur jenes, nicht einen sonstigen Entstehungsgrund zu beweisen braucht.[dd]) Jede Ausübungshandlung, die während jener Zeit mit einem jener Vitia geschehen ist, verhindert die Ersitzung, diese wird daher schon durch ein einfaches Verbot des Eigenthümers unterbrochen, da der Ausübende dadurch in den Zustand der Vis gesetzt wird.[ee]) Es ist wohl nicht zu zweifeln, daß diese Ersitzung auch auf Servituten an italischen Grundstücken übertragen worden ist; eher könnte es als ungewiß betrachtet werden, ob sie, bei deren Ausbildung offenbar die Rücksicht auf Realservituten wenigstens vorgeherrscht hat, auch für Personalservituten gegolten habe.[ff])

---

aa) L. 1 § 2 D. de serv. pr. rust. (8, 3): traditio plane et patientia servitutum inducet officium praetoris. Und deutlicher L. 11 § 1 D. de public. act. (6, 2): si de usufructu agatur tradito, publiciana datur, itemque servitutibus — praediorum per traditionem constitutis vel per patientiam —.

bb) Fragm. vat. 61, ergänzt aus L. 1 pr. D. quib. mod. ususfr. (7, 4): — et parvi refert, utrum iure sit constitutus usufructus, an vero tuitione praetoris. proinde traditus quoque usufructus (sci)licet in fundo stipendiario vel tributario, item in fundo vectigali vel superficie, non iure constitutus, capitis minutione amittitur. L. 1 § 9 D. de superf. (43, 18).

cc) L. 2 C. de servit. (3, 34): — servitutem exemplo rerum immobilium tempore quaesisti —.

dd) L. 1 C. eod. L. 1 § ult. D. de aqua pluv. (39, 3) L. 5 § 3 D. de itin. (43, 19) L. 10 pr. D. si servit. (8, 5): si quis diuturno usu et longa quasi possessione ius aquae ducendae nanctus sit, non est ei necesse docere de iure, quo aqua constituta est, veluti ex legato vel alio modo, sed utilem habet actionem, ut ostendat, per annos forte tot usum se non vi, non clam, non precario possedisse.

ee) L. 2 C. de servit. (3, 34): — si ante id spatium eius usus tibi interdictus est —.

ff) Nach justinianischem Recht ist dieß entschieden der Fall L. 12 in f. C. de praescr. longi temp. (7, 33). — Manche neuere Juristen haben die einfache Gestalt dieser Ersitzung durch willkürliche Erfindungen corrumpirt, indem sie theils die Analogie der longi temporis possessio beim Eigenthum ausgeschlossen haben, wo sie gewiß stattfindet, namentlich hinsichtlich der Zeit, statt deren sie hier eine unbestimmte, (unnöthiger Weise) ins Ermessen des Richters gestellte annehmen wollen, theils aber diese Analogie in solchen Punkten herbeiziehen, wo sie offenbar durch die oben dargestellte Bildung der Servitutenersitzung ausgeschlossen ist. Dahin gehört, daß man einen iustus titulus gefordert hat, für den das nec vi etc. eben das Surrogat ist, ferner bona fides, wovon unsere Quellen eben so wenig etwas enthalten. Man hat dafür angeführt L. ult. D. quem-

3) Aus dem früheren Civil- und prätorischen Recht hat sich das neueste, wie wir es in den justinianischen Gesetzbüchern finden, in Folge der übrigen Veränderungen (Aufhebung der In Jure Cessio und Mancipation, des Unterschieds zwischen italischem und Provincialboden, des Gegensatzes von quiritischem und bonitarischem Eigenthum) ganz von selbst entwickelt. Die Servituten entstehen durch Testament, durch Adjudication, durch Ersitzung, und durch pacta et stipulationes, die nun allgemein an die Stelle der alten Bestellung durch in iure cessio und mancipatio getreten sind.[gg]) Wollte man nun für das justinianische Recht den Sprachgebrauch servitus iure und tuitione praetoris constituta beibehalten, so mußte man den ersten Ausdruck von einer rechtmäßig, also von dem Eigenthümer (oder durch den Richter statt seiner) bestellten Servitut verstehen, den zweiten dagegen auf die Bestellung durch einen Nichteigenthümer, also den Emphyteuta, Superficiarius, oder endlich einen gar nicht Berechtigten beziehen.[hh]) Für diesen letzten Fall ist noch im justinianischen Recht die Tradition von Wichtigkeit, indem sie die Publiciana verschafft (Note aa), bei der es des Beweises, daß der Besteller Eigenthümer gewesen, nicht bedarf.[ii])

Aufhebung der Servituten.[a])

CCLVII. Die verschiedenen Gründe der Endigung der Servituten und Wiederherstellung der libertas rei haben theils eine innere Nothwendigkeit, indem sie entweder auf der Natur der Rechte an Sachen überhaupt oder der

---

adm. servit. (8, 6): *servitute usus* non videtur, nisi is, qui suo iure uti se *credidit*, ideoque si quis pro via publica vel pro alterius servitute usus sit, nec interdictum nec actio utiliter competit; ohne allen Grund, wie einfach daraus erhellt, daß diese Stelle kein Erforderniß der Ersitzung, sondern des Besitzes giebt. Da nun ein solches Erforderniß die bona fides entschieden nicht ist, so kann credidit nur den animus possidendi bezeichnen, und damit stimmen die vom Gegentheil gegebenen Beispiele vollkommen überein.

gg) § 1 I. de usufr. (2, 4): — sine testamento vero si quis velit alii usumfructum constituere, pactionibus et stipulationibus id efficere debet —. § 4 I. de servit. 2, 3): si quis velit vicino aliquod ius constituere, pactionibus atque stipulationibus id efficere debet —.

hh) So geschieht es in L. 1 pr. D. quib. mod. usufr. (7, 4).

ii) Es war früher die herrschende Lehre, daß in allen den zahlreichen Stellen, wo pacta et stipulationes als Bestellungsart der Servituten, und zwar ex professo, angegeben werden, durch eine wunderbar übereinstimmende und fast verabredete Nachlässigkeit gerade das Hauptmoment der ganzen Bestellung, nämlich die Tradition weggelassen worden sei. Die Tradition spielt eine so große Rolle beim Eigenthum (nämlich im neuesten Recht, im ältern war dieß anders), warum sollte sie nicht auch bei den Servituten dieselbe Bedeutung haben? Gegen diese Meinung hat zuerst Savigny die wahre Gestalt der Sache hergestellt, seine Ansicht ist von Mehreren in verschiedener Weise ausgeführt worden (zuerst von Schmidtlein; de servitutibus per pactum constituendis 1823, dann von Michelsen Archiv für civilr. Prax. VII 14, von Hasse Rhein. Museum I S. 64 ff. und Andern). Die ältere Lehre, daß der Vertrag nicht hinreiche, sondern eine Tradition hinzukommen müsse, hat indessen noch immer ihre Vertheidiger, der neueste derselben ist v. Vangerow Leitfaden I S. 685—695. Den Standpunkt, von welchem aus allein das Festhalten dieser Lehre erklärlich ist, giebt V. selbst offen zu erkennen, indem er versichert, es „für civilistisch unmöglich" zu halten, daß „das dingliche Servitutenrecht durch bloße Verträge entstehe." Ich zweifle keinen Augenblick, daß der scharfsinnige Jurist, wenn er diese „civilistische Unmöglichkeit" mit kritischem Auge betrachten will, finden wird, daß sie nichts als ein alter Aberglaube, ein Ueberrest der verschollenen Lehre vom titulus und modus adquirendi, und eine der Fesseln ist, die dem juristischen Denken den Vorwurf der Unfreiheit zugezogen haben.

a) Dig. VII 4: quibus modis ususfructus vel usus amittitur. VIII 6: quemadmodum servitutes amittuntur.

iura in re, oder auf der Natur der Servituten insonderheit beruhen, theils sind sie frei von dieser Nothwendigkeit.

Als Rechte an Sachen müssen die Servituten mit der Sache selbst untergehen, mit dem natürlichen oder dem juristischen Untergang, durch den die Sache aus der Reihe der Gegenstände von Rechten überhaupt oder von Rechten dieser Art hinweggenommen wird;[b] Personalservituten erlöschen sogar schon durch eine gänzliche Umgestaltung der Sache, daher auch durch Zerstörung des Gebäudes, oder Verwandlung der area in ein aedificium.[c]

Aus der Natur der iura in re folgt, daß die Servitut untergehen muß, so wie sie mit dem Eigenthum der Sache in derselben Person zusammentrifft: nulli enim res sua servit.[d] Dieß heißt confusio, ihre Folge ist, daß die Trennung des Elements, aus dem die Servitut gebildet ist, vom Eigenthum aufhört; bei dem Usufructus wird diese Rückkehr, diese Wiedervereinigung von usufructus und proprietas, consolidatio genannt.[e]

Es gehört zum Wesen der Servituten, daß diese Rechte mit bestimmten Subjecten verbunden sind, von denen sie nicht getrennt werden können, mit denen sie stehen und fallen. Bei Realservituten ist dieses Subject der jedesmalige Eigenthümer eines bestimmten Grundstücks. Der Eigenthümer kann wechseln, dieß ist keine Veränderung des Subjects, denn dieses ist nicht dieser Eigenthümer, sondern der Eigenthümer dieses Grundstücks, aber die Servitut kann nicht von einem Grundstück auf das andere übertragen werden. Sie erlischt mit dem Untergang des herrschenden Grundstücks, doch nicht durch einen theilweisen, oder eine bloße Umgestaltung.[f] Das Subjekt der Personalservituten ist das Individuum, das die Servitut erworben hat, mit dem Tod desselben geht sie unter, ist sie auf die Erben erstreckt, so ist dieß als Bestellung einer künftigen neuen Servitut zu betrachten.[g] Eine fortwährende Trennung des Usufructus von der Proprietät würde dem Wesen der Servitut zuwider sein, die nie so weit sich ausdehnen soll, daß das Eigenthum durch sie zu einem bloßen Scheindasein herabgesetzt wird.[h] Deshalb war die Frage, ob einer juristischen Person ein Usufructus bestellt werden könne, bei der er leicht jene Folge haben würde, indem zwar hier der Untergang durch Aufhebung derselben eintreten,[i] auf dieses Ereigniß aber als ein durchaus ungewöhnliches nicht gerechnet werden kann. Man ließ den Usufructus zu mit der Beschränkung auf hundert Jahre, nach deren Ablauf er wie durch den Tod erlöschen soll.[k] Aber nicht bloß durch den Tod des Berechtigten, sondern auch durch eine Veränderung seiner Rechtsfähigkeit, die unter den Begriff einer capitis deminutio fällt, soll das caput, dem der Usus oder Usufructus zusteht, weggenommen,

---

b) L. 23. 24. 30 D. quib. mod. ususfr. (7, 4) L. 14 pr. D. quemadm. servit. (8, 6).

c) L. 5 § 2. 3 L. 10 § 7 D. quib. mod. ususfr. (7, 4) Paul. III 6, 31 L. 71 D. de usufr. (7, 1). Für servitutes praediorum gilt dieß nicht, es ist möglich, daß durch eine solche Veränderung die Ausübung unterbrochen wird, das Recht selbst geht dadurch allein nicht unter L. 31 D. de serv. pr. urb. (8, 2) L. 9 pr. D. si servit. (8, 5).

d) L. 1 D. quemadm. serv. (8, 6): Servitutes praediorum confunduntur, si idem utriusque praedii dominus esse coeperit.

e) Fragm. vat. 83 L. 3 § 2 D. de usufr. accr. (7, 2).

f) L. 20 § 2 D. de serv. pr. urb. (8, 2) L. 13 pr. D. de serv. pr. rust. (8, 3).

g) L. 3 § 3 L. 5 pr. D. quib. mod. ususfr. (7, 4) L. 38 § 10—12 D. de V. O. (45, 1).

h) L. 14 C. de usufr. (3, 33).

i) L. 21 D. quib. mod. ususfr. (7. 4).

k) L. 56 D. de usufr. (7, 1) L. 8 D. de usu et usufr. leg. (33, 2).

und die Servitut daher untergegangen sein.[l]) Es versteht sich, daß diese Endigungsarten (Tod und c. d.) auf Realservituten keine Anwendung finden.[m])

Die Personalservitut ist ihrem Wesen nach auf eine Zeit (die Lebenszeit des Berechtigten) gegeben, daher ist es natürlich, daß, wenn neben diese noch eine andere, ebenfalls unbestimmte oder eine bestimmte gesetzt, also z. B. der Nießbrauch auf zwei Jahre gegeben ist, der Ablauf derselben das Recht ipso iure, so gut wie der Ablauf der Lebenszeit, aufhebt.[n]) Anders bei Realservituten, eine Verabredung, die ihre Dauer auf diese Weise willkürlich beschränkt, endigt die Servitut nicht ipso iure, sie giebt dem Eigenthümer nur ein der ferneren Geltendmachung derselben entgegenstehendes Recht, die exceptio pacti oder doli.[o])

Die Servitut kann von dem Berechtigten aufgegeben werden. Das Ius civile hat dafür ein solennes Rechtsgeschäft, die in iure cessio an den Eigenthümer.[p]) Aber auch eine bloße (selbst stillschweigende) Uebereinkunft zwischen beiden hat die Wirkung, wenigstens ope exceptionis die Servitut aufzuheben.[q]) Bei dem Ususfructus wird auch ein einseitiger Verzicht, eine Dereliction, erwähnt, wodurch der Usufructuar sich zugleich von den Lasten, die er vermöge seines Nießbrauchs tragen muß, befreien kann,[r]) bei Realservituten kam diese Veranlassung nicht vor.

Der Berechtigte kann aber die Servitut auch dadurch verlieren, daß er sie eine gewisse Zeit hindurch nicht ausübt; es liegt diesem Rechtssatz theils überhaupt eine Begünstigung der Eigenthumsfreiheit, theils das Bedürfniß, den

---

l) L. 1 D. quib. mod. ususfr. (7, 4) Fragm. vat. 61—64 Paul. III 6, 28. 29. Justinian hielt es für unbillig, der c. d. minima diese Wirkung zu lassen, er beschränkte sie auf die maxima und media L. 16 § 2 C. de usufr. (3, 33). Schon die römischen Juristen hatten geglaubt, diese Endigungsart auf die habitatio und operae, wegen ihrer mehr factischen als rechtlichen Natur, nicht anwenden zu müssen, und zwar nicht bloß in Beziehung auf die c. d. minima (§ 255 Note cc).

m) L. 3 D. quemad. serv. (8, 6).

n) Paul. III 6, 33 L. 5. 12 C. de usufr. (3, 33).

o) L. 4 pr. D. de servit. (8, 1).

p) Paul. III 6, 32 Pomp. L. 20 pr. D. de servit. pr. rust. (8, 3), wo das Wort concedere wahrscheinlich eine Interpolation für in iure cedere ist. — [Die in iure cessio hat die Form einer Negatoria, bei den Servituten, wo die Libertas auch in der Gestalt einer entgegengesetzten servitus (altius tollendi u. s. w.) auftritt, auch die einer Confessoria. Scheurl's Behauptung: auch bei dem Ususfructus könne die in iure cessio durch eine Vindicatio des Proprietars vor sich gehen (Zeitschr. XII S. 251) muß ich nach L. 25 pr. D. de V. S. 50, 16 L. 5 pr. D. si ususfr. (7, 6) in Abrede nehmen. R.] — Nur an den Eigenthümer der dienenden Sache kann die in iure cessio geschehen, an einen Andern ist sie ohne Wirkung Gai. II 30: — alii vero in iure cedendo nihilominus ius suum retinet, creditur enim ea cessione nihil agi. Eben so § 3 I. de usufr. (2, 4): — cedendo extraneo nihil agitur — Man nimmt häufig an, eine andere Ansicht habe Pomponius L. 66 D. de iure dot. (23, 3), deren Worte: — quoniam diximus usumfructum a fructuario cedi non posse nisi domino proprietatis, et si extraneo cedatur, i. e. qui proprietatem non habeat, nihil ad eum transire, sed ad dominum proprietatis reversurum usumfructum — von einem sofortigen Untergang des Ususfructus in Folge der Cessio verstanden werden, s. z. B. Puggé Rhein. Museum I S. 145—157 Vangerow Leitfaden I § 344, 3. Dieser Gedanke wäre gewiß nicht sehr glücklich ausgedrückt. Was aber die innere Wahrscheinlichkeit dieser Ansicht anlangt, so hat man sich bei ihrer Vertretung einen viel zu engen Kreis gezogen. Was vom Ususfructus, hätte Pomponius auch von der in iure cessio einer Realservitut an einen Extraneus behaupten müssen; man möge nun zusehen, ob jene Ansicht, die man Pomponius unterlegt, hier eben so natürlich scheint, als man sie bei dem Ususfructus sich vorstellt. S. übrigens Huschke Studien S. 240 Note 71.

q) L. 14 § 1 D. de servit. (8, 1) L. 34 pr. D. de serv. pr. rust. (8, 3) L. 8 pr. D. quemadm. serv. (8, 6) L. 4 § 12 D. de doli except. (44, 4).

r) L. 64. 65 pr. D. de usufr. (7, 1).

mangelnden Beweis einer sonstigen Aufhebung zu ersetzen (wie bei der Usucapion), theils endlich für das älteste Recht der Gedanke einer Ergänzung formell unvollkommener Aufhebung zu Grunde, so einer remissio servitutis nicht durch förmliche in iure cessio, sondern durch bloße Uebereinkunft, die damals wahrscheinlich für sich allein jene Wirkung nicht hatte, sie aber durch das Hinzukommen jenes Nichtgebrauchs erhielt. Es begegnen uns im römischen Recht zwei Institute, welche auf jene Aufhebung gerichtet sind: libertatis usucapio und reiner non usus; das Verhältniß beider ist nun theils für das ältere, theils für das neuere Recht zu bestimmen.

Als das älteste dieser Institute dürfen wir die libertatis usucapio betrachten, die sich ganz eng an das uralte Recht der Usucapion des Eigenthums anschließt. Aber sie setzt voraus, daß jemand in dem Besitz der Sache zugleich die libertas rei besitzt, dieß läßt sich nur annehmen, wo diese Freiheit eine sich äußerlich an der Sache darstellende Qualität, wo sie in der Sache gleichsam verkörpert ist, und so ein Gegenstand des Besitzes in dem Besitz der Sache wird. Am entschiedensten ist dieß der Fall, wenn die Freiheit sich als eine positive Vorrichtung an der Sache darstellt, wie die Freiheit von der servitus altius non tollendi in dem über diese Schranke hinaus erhöhten Gebäude, wer das erhöhte Haus besitzt, besitzt etwas, das mit der Existenz jener Servitut unverträglich ist, er besitzt in dem Haus wirklich die Freiheit von der Servitut. Doch ist auch schon die Entfernung einer bisher vermöge der Servitut bestehenden Anstalt, z. B. die Schließung des Lochs, das der Nachbar in unserer Wand hatte vermöge der servitus tigni, etwas positives, und der Besitz des Hauses in diesem Zustand als Besitz der Freiheit anzusehen. Bei Feldgrundstücken verkörpert sich die Freiheit keineswegs auf jene Art, bei servitutes praediorum rusticorum ist daher keine usucapio libertatis möglich.[s]) Eben so wenig ist sie anwendbar bei Personalservituten, bei ihnen schließt die Freiheit oder Unfreiheit noch weniger einen veränderten Zustand der Sache selbst in sich.[t]) Jene usucapio libertatis gegenüber von servitutes praediorum urbanorum setzt einmal die Herstellung des äußeren Zustands an dem dienenden Grundstück voraus, in welchem die Freiheit von der Servitut hervortritt, z. B. das Höherbauen, das Vermauern der Oeffnung, überhaupt die Entfernung der Anstalt, — ohne eine solche positive Thätigkeit des Eigenthümers ist sie nicht möglich,[u]) sodann den Besitz des dienenden Grundstücks in diesem freien Zustand zwei Jahre hindurch, der Verlust dieses Besitzes unterbricht die usucapio libertatis.[v])

Sollen nun die Rustical- und Personalservituten, weil die usucapio libertatis bei ihnen keine Anwendung findet, dem Untergang durch Zeitablauf ganz entnommen sein? Man fand dieß keineswegs angemessen; warum sollte ihnen gegenüber die Freiheit des Eigenthums weniger Gunst erfahren? Es gestaltete sich folgende Rechtsansicht. Mit jener usucapio libertatis geht ein non usus der Servitut von Seiten des Berechtigten Hand in Hand, nur ist er für sich allein nicht hinreichend, den Verlust der Servitut herbeizuführen. Das,

---

s) Paul. I. 17, 1: Viam, iter, actum, aquaeductum, qui biennio usus non est, amisisse videtur, nec enim ea usucapi possunt, quae non utendo amittuntur. Die Stelle ist sicher von dem Epitomator verdorben, der Sinn aber ist nicht zweifelhaft.

t) L. 44 § 5 D. de usurp. (41, 3): — ut enim ususfructus usucapi non potest —. Aus dem Zusammenhang ergiebt sich, daß dieß von einer Rückusucapion durch den Proprietar zu verstehen ist, nicht von der Entstehung des Ususfructus.

u) L. 6 D. de serv. pr. urb. (8, 2) L. 18 § 2 D. quemadm. serv. (8, 6).

v) L. 32 § 1 D. de serv. pr. urb. (8, 2).

was noch hinzukommen muß, ist bei jenen andern Servituten nicht statthaft, so betrachtete man nun bei ihnen den bloßen non usus, d. h. die Nichtvornahme dessen, wozu die Servitut berechtigt, für hinreichend, die Servitut zu zerstören und die libertas rei wieder herzustellen, wenn dieser non usus von Seiten des Berechtigten sich die gesetzliche Zeit hindurch fortgesetzt hat, beim usus und ususfructus ein oder zwei Jahre, jenachdem die Sache beweglich oder unbeweglich ist, bei servitutes rusticae zwei Jahre. [w]) Hiernach ließ sich das geltende Recht so bestimmen: alle Servituten (mit Ausnahme der anomalen Personalservituten) gehen durch non usus unter, aber bei den servitutes praediorum urbanorum reicht dieser nicht hin, es muß noch jene libertatis usucapio hinzukommen. [x]) Nun mußte man aber eine billige Rücksicht auf den Fall nehmen, wenn eine servitus rustica so gegeben ist, daß sie nur in größern Zwischenräumen, z. B. ein Jahr um das andere, oder einen Monat um den andern, oder nur einmal im Jahr u. s. f. ausgeübt werden darf. Bei einem ususfructus alternis annis datus war man von selbst über diese Schwierigkeit hinaus, ein solcher ist nicht Einer, es sind mehrere Servituten, die sich stets erneuern, ein Verlust durch non usus ist nicht möglich. [y]) Dieß läßt sich bei Realservituten nicht sagen (Note y), aber es wurde die Ansicht herrschend, hier in jenen Fällen die Zeit zu verdoppeln. [z])

Auf Servituten an Provincialgrundstücken waren non usus und libertatis usucapio nicht anwendbar, es ist aber nicht zu bezweifeln, daß dem longum tempus hier eine gleiche Wirkung eingeräumt wurde, und zwar bei servitutes praediorum urbanorum als longi temporis possessio, der usucapio libertatis analog, bei andern Servituten einem reinen Nichtgebrauch von zehn Jahren.

So war das Recht beschaffen, das Justinian vorfand. Er beschäftigte sich zuerst mit dem Ususfructus. Zwei Personalservituten gab es, die schon nach dem älteren Recht nicht durch non usus untergingen, habitatio und operae, bei diesen hatte man dagegen den Verlust durch Usucapion der Sache zugelassen. [aa]) Justinian hielt es für billig, auch die regelmäßigen Personalservituten ähnlich zu behandeln, der Ususfructus soll nicht mehr durch non usus untergehen, dagegen soll dem Usufructuar die praescriptio longi temporis entgegenstehen, wenn er zehn oder zwanzig Jahre lang sein Recht gegen den Besitzer der Sache nicht geltend gemacht hat. So verordnet ein Gesetz vom Jahre 530. [bb]) Ein Jahr darauf, also 531, erklärt Justinian, wie beim Usus-

---

w) Paul. III 6, 30: non utendo amittitur ususfructus, si possessione fundi biennio fructuarius non utatur, vel rei mobilis anno. I. 17, 2: servitus hauriendae aquae vel ducendae biennio omissa intercidit, et biennio usurpata recipitur. Mit den letzten Worten wird entweder die Wirkung des non usus für den Eigenthümer ausgedrückt (recipit qui dedit servitutem), und dann hat usurpare hier die gewöhnliche Bedeutung von Unterbrechung des usus, — oder die Verhütung des Verlustes (recipere in dem Sinn von Behalten, dem Aufgeben oder Verlieren entgegengesetzt) durch einen Gebrauchsact (dieß würde dann usurpata heißen) während jenes Zeitraums.

x) So drückt sich aus L. 6 D. de serv. pr. urb. (8, 2).

y) L. 13 D. de usu et usufr. leg. (33, 2) L. 28 D. quib. mod. ususfr. (7, 4).

z) L. 7 D. quemadm. serv. (8, 6) L. 14 pr. C. de servit. (3, 34). — Das iter ad sepulcrum wurde als Servitut behandelt, obwohl die Eigenschaft des herrschenden Grundstücks als locus religiosus streng genommen dem widerspricht L. 14 § 1 D. de servit. (8, 1): man dehnte aber diese Behandlung nicht bis zur Anwendung des non usus aus, die hier ganz unpassend gewesen wäre L. 4 D. quemadm. serv. (8, 6).

aa) L. 2 D. de usu et usufr. leg. (33, 2) sagt dieß von den operae.

bb) L. 16 pr. § 1 C. de usufr. (3, 33): — non solum actionem, quae de usufructu nascitur (d. h. die persönliche Klage auf Bestellung des Rechts Fragm. vat. 47), sed nec ipsum

fructus verordnet worden sei, so sollen auch alle andern Servituten nicht schon durch einen Nichtgebrauch von zwei, sondern erst in zehn oder zwanzig Jahren untergehen, diese Zeit also soll für alle Servituten gelten.[cc]) Was ist nun die Meinung Justinian's? soll der Untergang durch non usus überall beseitigt sein, und an seine Stelle die praescriptio longi temporis (eine Art von usucapio libertatis) treten? Dieser Annahme widerspricht auf das entschiedenste die Darstellung des non usus in den Digesten, in welche die oben vorgetragene Theorie im wesentlichen durchaus (nur mit Weglassung der ein und zwei Jahre) recipirt ist, eben so die Darstellung in den Institutionen,[dd]) endlich auch der Inhalt des Gesetzes von 531 selbst, welches als Gegenstand der Veränderung nur die Zeit angiebt, und selbst den Inhalt jenes ersten Gesetzes von 530 so referirt, als ob dadurch nichts weiter als die Zeit geändert worden wäre (Note cc). Das Resultat ist: die weitgreifende Reform, die das Gesetz von 530 für die Aufhebung des Ususfructus durch Zeitablauf enthielt, ist zurückgenommen, die ganze Veränderung, welche Justinian bleibend vorgenommen hat, reducirt sich auf die Erhöhung der Zeit von 1 oder 2 Jahren auf zehn, zwanzig, wie sie bei Provincialgrundstücken ohne Zweifel schon früher stattgefunden hatte, die ganze übrige Theorie blieb stehen, das Gesetz von 530 übrigens fand man sich bei der Aufnahme in den Codex nicht veranlaßt zu ändern, da sich ihm, wenn man es nicht auf die Goldwage legte, wohl auch der Sinn, den es nun allein haben konnte, unterlegen ließ.

---

usumfructum non utendo cadere — sed usumfructum, quem sibi aliquis adquisivit, hunc habeat dum vivit intactum — — nisi talis exceptio usufructuario opponatur, quae etiam, si dominium vindicaret, posset eum praesentem vel absentem excludere. Will man den Worten nicht entschieden Unrecht thun, so muß man das Gesagte darin finden; damit ist aber allerdings noch nicht entschieden, ob das Gesetz diesen Sinn, den es sicher bei seiner Erlassung hatte, auch noch als Bestandtheil des Codex, gegenüber dem übrigen Inhalt der justinianischen Legislation, haben kann. Davon nachher.

cc) L. 13 C. de servit. (3, 34): Sicut usumfructum, qui non utendo per biennium in soli rebus, per annale autem tempus in mobilibus vel se moventibus diminuebatur, non passi sumus huiusmodi sustinere compendiosum interitum, sed ei decennii vel viginti annorum dedimus spatium, ita et in ceteris servitutibus obtinendum esse censuimus, ut omnes servitutes non utendo amittantur non biennio (quia tantummodo soli rebus annexae sunt), sed decennio contra praesentes, vel viginti spatio annorum contra absentes, ut sit in omnibus huiusmodi rebus causa similis explosis differentiis.

dd) § 3 J. de usufr. (2, 4): Finitur autem usufructus morte fructuarii et duabus capitis deminutionibus, maxima et media, et non utendo per modum et tempus, quae omnia nostra statuit constitutio.

Achtes Kapitel.

Von den Obligationen.

Gegenstand.

CCLVIII. Es giebt ein Rechtsverhältniß, welches eine Person einer andern zur Leistung eines Vermögenswerths verpflichtet.[a]) Die eine Person hat vermöge dieses Verhältnisses etwas zu fordern, sie heißt Gläubiger, creditor, dieser Forderung entspricht eine Verbindlichkeit auf Seiten der andern Person, welche Schuldner, debitor, genannt wird. Der Act, wodurch dieses Verhältniß hervorgebracht wird, heißt obligatio, dieser Ausdruck wird aber auch von dem Zustand, der dadurch entsteht, also von dem Verhältniß selbst gebraucht.[b])

Die Obligatio steht in der Mitte zwischen dem Eigenthum nebst den von diesem abgeleiteten, mit ihm gleichartigen Rechten, also überhaupt den Rechten an Sachen (Kap. 4—7) und den Rechten, deren Grundlagen natürliche oder natürlichen nachgebildete Verbindungen unter Personen sind (Kap. 9. 10). Sie ist eine Verbindung unter Personen, und dieß unterscheidet sie von dem Eigenthum, bei welchem eine andere Person nur negativ, in Beziehung auf eine Veränderung oder Verletzung zur Sprache kommt, das Verhältniß anderer Personen zu dem Eigenthümer als solchem ist nur dieses, daß sie nicht Eigenthümer sind. Aber sie ist eine Verbindung, die nicht die rechtliche Form eines natürlichen Bandes ist, wie die Ehe, das elterliche und Kindesrecht mit ihren Analogien. Man darf das Verhältniß zwischen Gläubiger und Schuldner nicht

---

a) pr. I. de oblig. (3, 13): obligatio est iuris vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei —.

b) Eine Zusammenstellung der verschiedenen Richtungen, in denen das Wort vorkommt, von Riedel s. in Hugo's civil. Magazin V 3, vgl. Hugo Geschichte des lateinischen Worts obligatio und des deutschen Verbindlichkeit, daselbst III 20. — Obligatio heißt also der Zustand, daß eine Person einer andern in jener Weise verpflichtet ist, darin liegt von selbst, daß der Zustand des Gläubigers, der dadurch entsteht, daß er einen Andern sich obligirt hat (die Forderung), ferner der Zustand des Schuldners, daß er sich einem Andern obligirt hat (die Verbindlichkeit), endlich das Band überhaupt (Note a), ohne daß die eine oder die andere Seite besonders hervorgehoben wird, mit dem Wort bezeichnet werden kann. Beispiele für die ersten beiden Fälle geben die Redensarten: obligatio competit heredi adversus heredem — obligatio tua (debitoris) adversus me — der dritte Fall ist der gewöhnliche. Aber man kann auch dort nicht eigentlich sagen, obligatio heiße Forderung oder Verbindlichkeit, das Wort heißt auch dort die Verbindung, das Verhältniß, nur daß in jenen Redensarten eines der beiden Subjecte, an die es geknüpft wird, besonders hervorgehoben wird.

etwa so denken, daß darin die allgemein menschliche Verbindung zu gegenseitiger Aushülfe und Unterstützung rechtliches Dasein und Genügen finden sollte, wer dieses glaubte, dem müßte die wirkliche Gestaltung des Obligationenrechts, so wenig genügt sie einem solchen Inhalt, durchaus unpassend und zweckwidrig erscheinen. Die Obligatio ist eine so willkürliche, eine so weit von den natürlichen abliegende Verbindung, daß der Versuch, jene natürlichen Verbindungen in diese Form zu bringen, z. B. die ehelichen Pflichten als obligatorische aufzufassen, wenn er gelingen könnte, in einer Zerstörung derselben endigen müßte, und daß nichts geeigneter wäre, den Rechtszustand eines Volks zu entsittlichen, als wenn eine ausschließliche Richtung auf die obligatorische Form seiner rechtlichen Gesinnung sich bemächtigte.

Worin liegt es nun, daß die Obligatio sich von den Rechten an Personen ab, und den Rechten an Sachen, von denen sie äußerlich so sehr verschieden ist, zukehrt? Der Gegenstand derselben ist die Ursache davon. Dieser nämlich ist eine Handlung, die der Schuldner zu leisten hat, aber eine Handlung, die selbständig und einzeln genommen wird. Eine Handlung soll uns vermöge der Obligatio unterworfen sein, aber nicht die Person dessen, von dem sie geschehen soll. Diese Absonderung der Handlung von der Person ist nur möglich, indem wir jene als Vertreter eines Sachwerths behandeln, in dieser Rücksicht und bloß in dieser sind Handlungen Gegenstand von Obligationen. Es ist ein wesentliches Erforderniß, daß die Leistung, die den Gegenstand der Forderung ausmacht, zu Geld angeschlagen werden könne, ea enim in obligatione consistere, quae pecunia lui praestarique possunt.[c] Dem Gläubiger ist vollkommen genug geschehen, wenn ihm der Vermögenswerth, den die Handlung für ihn hat, also sein Vermögen in dieselbe Lage gebracht wird, in der es sich befände, wenn die Handlung selbst geschehen wäre. Hat er kein Vermögensinteresse dabei, daß die Handlung geschieht, so besteht keine Obligatio, der eine solche Handlung versprochen hat, kann sie unterlassen, ohne einer Obligationsklage ausgesetzt zu sein.[d] Dieser Punkt kam in gewissen Fällen bei den Römern sehr häufig zur Sprache, bei dem Verkauf nämlich von Sclaven wurden oft Verabredungen getroffen, wodurch dem Käufer eine Beschränkung seiner Befugnisse auferlegt, oder von ihm die Pflicht zu manumittiren übernommen wurde. Ist auf die Nichterfüllung der Zusage eine Strafe gesetzt und durch

---

c) L. 9 § 2 D. de statulib. (40, 7).

d) Z. B. es war jemand verpflichtet, durch seine Thätigkeit einen Vortheil zu verschaffen oder einen Schaden abzuwenden, er unterläßt diese Thätigkeit, aber durch einen glücklichen Zufall ist ohne sein Zuthun dasselbe Resultat herbeigeführt worden, hier hat der Gläubiger keinen Anspruch gegen ihn L. 8 § 6 D. mandati (17, 1) L. 13 § 1 D. de re iud. (42, 1). Ein anderes Beispiel giebt L. 11 D. de relig. (11, 7): quod si locus monumenti hac lege venierit, ne in eum inferrentur, quos ius est inferri, pactum quidem ad hoc non sufficit, sed stipulatione id caveri oportet, das Pactum würde dem Verkäufer die actio venditi gegen den das Versprechen brechenden Käufer geben auf Ersatz des Nachtheils, nun kann jener irgend ein Interesse dabei haben, daß dieser die Grabstätte nicht benutzte, aber er hat keines, das sich zu Geld anschlagen läßt, der Bruch des Vertrags bringt ihm keinen Vermögensnachtheil, und darum nützt ihm jene Klage nichts. Anders, wenn er sich durch eine besondere Stipulation eine Summe oder eine Sache hat versprechen lassen unter der Bedingung, daß ein Begräbniß stattfinden werde. Hier ist die Unterlassung des Bestattens nicht der Gegenstand, sondern die Bedingung einer Obligatio, deren Gegenstand entschieden ein Vermögensinteresse für den Gläubiger hat, und nur für den Gegenstand, nicht für die Bedingung besteht das Erforderniß des Vermögenswerths. So sagt L. 3 § 1 D. de V. O. (45, 1): — hic (in poena) non quaerimus cuius intersit —, und L. 38 § 17 eod.: — poenam enim quum stipulatur quis, non illud inspicitur quid intersit, sed quae sit quantitas, quaeque condicio stipulationis. [Wegen der Unwirksamkeit des Pactum vgl. noch L. 61 D. de pactis (2, 14). R.]

Stipulation versprochen worden, so hat die Forderung keinen Anstand, eben so wenn der Verkäufer ein Vermögensinteresse nachweisen kann (z. B. er hat den Sclaven deshalb wohlfeiler verkauft, so daß das Minus des Preises das Aequivalent jener Beschränkung ist, oder er ist einem Andern unter der Bedingung, daß das zu Unterlassende mit dem Sclaven geschehen würde, zu einer Strafe verpflichtet). Ist keines von beiden der Fall, z. B. der Verkäufer hat bedungen, daß der Sclave von dem Käufer nicht mishandelt, oder daß er manumittirt werden solle, und dennoch den vollen Werth desselben erhalten (im letzten Fall vielleicht durch fremde Vermittelung), so würde nach unserm Princip eigentlich keine Klage gegen den Käufer stattfinden, denn seinem Vermögen nach ist es dem Verkäufer gleichgültig, was mit dem Sclaven geschieht. Hier aber schien es nothwendig, einem wohlbegründeten Interesse der Neigung dieselbe Kraft, die Klage zulässig zu machen, wie sonst nur dem Vermögensinteresse zuzuschreiben, und der Geltendmachung dieser Modification jenes Princips stand dann auch bei bonae fidei iudicia, also z. B. bei der actio venditi nichts entgegen.[e])

Es giebt Handlungen, denen an sich ein Vermögenswerth zugeschrieben werden muß, die aber entweder überhaupt oder bei gewissen Personen durch die ausschließliche Hervorhebung dieser Seite, wie es geschieht, wenn sie zum Gegenstand einer Obligatio gemacht werden, eine Herabwürdigung erfahren, die dem sittlichen Gefühl widerspricht. So mögen Dienste, welche die Kinder den Eltern leisten, oder die Frauen im Hauswesen ihrer Männer, einen Vermögenswerth für diese haben, sie aber als Gegenstand einer Obligatio zu betrachten, wäre eine Unsittlichkeit.[f]) Ferner ist jede geistige Thätigkeit etwas inästimables; wie der, welcher sein wissenschaftliches oder Kunst-Talent rein als eine Erwerbsquelle behandelt, der Verachtung nicht entgehen wird, so kann auch einem Andern nicht gestattet werden, die Thätigkeit eines Gelehrten, eines Künstlers, überhaupt eine auf Geistesbildung beruhende, die er für sich in Anspruch nimmt, bloß als Geldeswerth anzusehen, und sie, wenn sie versprochen worden ist, durch eine auf sie und mittelbar auf ihr Geldäquivalent gerichtete Klage zu einer Handarbeit herabzusetzen. Er konnte sie bei dem Vertrag, durch den sie ihm versprochen wurde, nicht als eine solche nehmen, denn es war ihm ja um eine Geistesarbeit zu thun, und darf sie auch jetzt nicht anders behandeln. Die Thätigkeit, die ein Arzt, ein Schriftsteller, ein Mathematiker, ein Geometer, ein Rechtsverständiger, ein Urtheiler als solcher verspricht, ist mehr als eine Gefälligkeit zu betrachten, auch wenn er eine Belohnung dafür erhält,[g]) es besteht keine Obligatio auf die Leistung solcher Dienste, wenn sie zugesagt

---

e) L. 6. 7 D. de serv. export. (18, 7): — etiam affectionis ratione recte agetur — L. 54 pr. D. mand. (17, 1): placuit enim prudentioribus, affectus rationem in bonae fidei iudiciis habendam.

f) Es war Sitte, Freigelassene zu Diensten zu verpflichten, dieß wird bei emancipirten Kindern (ungeachtet sonstiger Analogien beider Verhältnisse) verworfen: nam pietatem liberi parentibus non operas debent L. 10 D. de obsequ. parent. (37, 15).

g) Von der Leistung dieses Lohnes, zu der sich der Andere verpflichtet, ist hier nicht die Rede, dieser steht an sich kein Bedenken entgegen, die Klage auf die versprochene Belohnung (merces, oder eigentlich honorarium, oder salarium) wäre nur verwerflich, wenn sich damit jene die Thätigkeit, für die sie gefordert wird, herabwürdigende Gesinnung verbände, worüber der Regel nach kein sicheres Urtheil möglich sein wird. Nur die Klage der Rechtslehrer auf das Honorar fanden die römischen Juristen sich veranlaßt absolut zu mißbilligen, s. Bd. I § 103 Note r, eben so die der Philosophen Ulpian. L. 1 § 4 D. de extraord. cogn. (50, 13), vgl. Papinian L. 8 § 4 D. de vacat. mun. (50, 5): — etenim vere philosophantes pecuniam contemnunt, cuius retinendae cupidine fictam adseverationem detegunt.

worden sind.[h]) Wird ein Zwang zur Leistung für gerecht gehalten, so nimmt er denselben Charakter, wie der zur Leistung einer öffentlichen Pflicht an.[i]) Dagegen hindert nichts, daß der, welche eine Handlung jener Art übernommen hat, Schuldner werde durch einen Schaden, den er einem Andern bei dieser Function zugefügt hat.[k]) Sodann gilt die Unverträglichkeit mit der Behandlung als reiner Geldsache nur von der Arbeit selbst, nicht schlechterdings und überall von ihrem Resultat, dem Opus, das dadurch hervorgebracht werden soll. Wenn dieses Opus vollständig in das Gebiet der zu Geld anzuschlagenden Dinge fällt, z. B. ein Haus, so kann seine Herstellung Gegenstand einer Obligatio sein, ungeachtet dazu geistige Kräfte jener höheren Art in Bewegung zu setzen sind, die aber hier nicht den unmittelbaren Gegenstand der Obligatio bilden.

Eine geistige Thätigkeit kann, haben wir gesehen, nicht direct Gegenstand einer Obligatio sein, weil sie nicht als bloßer Geldwerth betrachtet werden kann. Ein zweiter Grund (der allerdings nicht bei allen in gleicher Stärke eintritt) ist, weil ein Zwang überhaupt ihrem Wesen widerspricht. Beides nun tritt noch bei einer anderen Leistung ein, die als Gegenstand eines Versprechens vorkommt, aber nicht Gegenstand einer Obligatio sein kann. Ich meine das Versprechen einer künftigen Eheschließung, das Verlöbniß, sponsalia. Nach altlatinischem Recht wurde die sponsio, die Tochter zur Ehe zu geben, und die ihr entsprechende, sie nehmen zu wollen, als ein Contract behandelt, aus dem eine Obligatio auf jene Handlungen, und wenn sie ohne Grund verweigert wurden, auf eine nach dem dadurch erwachsenen Nachtheil zu ästimirende Geldsumme gegeben ward.[l]) Die Römer, obwohl auch bei ihnen der Gebrauch der Stipulationsform bei Verlöbnissen gewöhnlich war (»sponden' tuam gnatam filio uxorem meo«),[m]) haben doch nie eine directe Klage auf Vollziehung der Ehe zugelassen, nur rügte der Censor einen leichtsinnigen Bruch derselben, und nach älterem Recht war es unverwehrt, eine Strafe zu stipuliren und diese einzuklagen,[n]) bis endlich dieser indirecte Zwang als unsittlich erkannt, und

---

h) L. 1 pr. D. si mensor falsum modum dixerit (11, 6): — ideo autem hanc actionem proposuit, quia non crediderunt veteres, inter talem personam locationem et conductionem esse, sed *magis operam beneficii loco praeberi*, et id, quod datur, ei ad remunerandum dari, et inde honorarium appellari, si autem ex locato conducto fuerit actum, dicendum erit, nec tenere intentionem L. 1 § 1 D. eod.: — visum est enim satis abundeque coërceri mensorem, si dolus malus solus conveniatur eius, *qui civiliter obligatus non est* —.

i) So wird der Arbiter zur Erfüllung seiner Zusage, den Streit zu entscheiden, durch multa und pignoris capio von dem Prätor gezwungen L. 3 § 1 L. 15. 32 § 12 D. de recept. (4, 8).

k) Dig. XI 6: si mensor falsum modum dixerit L. 6 D. de extraord. cogn. (50, 13). Nur wird die Schuld, die ihn verantwortlich macht, nicht in der Ausdehnung, wie es sonst die Regel ist, genommen, s. unten.

l) Servius bei Gell. IV 4. Vgl. Huschke in der Zeitschr. für gesch. Rechtswiss. X 6, 1 (1842).

m) Ulpian. L. 2 D. de sponsal. (23, 1): Sponsalia dicta sunt a spondendo, nam moris fuit veteribus stipulari et spondere sibi uxores futuras. [Huschke a. a. O. S. 318. 334 sieht freilich in dieser Stelle nur eine aus Servius (Note l) geschöpfte Notiz über altlatinisches Recht: dieß würde aber eine fast unerhörte Bedeutung von veteres voraussetzen. R.]

n) Varro de L. L. VI 71 (Müller) nach Lachmann's Verbesserung: qui spoponderat filiam, despondisse dicebatur, quod de sponte eius, id est de voluntate exierat; non enim si volebat, dabat, (so die Handschriften; d. h. er gab sie nun nicht mehr nach freiem Willen) quod sponsu erat alligatus, quod tum et praetorium ius ad legem et censorium iudicium ad aequom existimabatur (d. h. nach Huschke: weil damals der Prätor den Vater auf die Legis Actio des Bräutigams ex sponsu noch zum dare in die Manus verurtheilen ließ (Gai. IV, 48) und in der Executionsinstanz das Interdict de uxore ducenda (L. 2 D. de lib. exhib. 43, 30) gab, der Censor aber ihn wegen unbilliger Aufkündigung des Verlöbnisses notirte.

gegen die Klage aus einer solchen Strafstipulation die exceptio doli gegeben wurde. o)

Aus allem Bisherigen geht hervor, daß der Gegenstand der Obligatio allerdings eine Handlung: ein Geben, Thun ꝛc., also etwas von dem Gegenstand des Eigenthums ganz verschiedenes ist, sehen wir aber auf den Grund, so finden wir als Inhalt, wenn auch nicht als unmittelbaren Gegenstand des Rechts doch immer eine Sache. p) Die Sache aber, die den Inhalt der Obligatio ausmacht, ist nicht eine bestimmte, wie nur eine solche Gegenstand des Eigenthums sein kann, nicht ein Sachindividuum, sondern ein Sachwerth, also eine Geldsumme, welche die Sache von Seiten ihres Werths darstellt. Am anschaulichsten stellt sich dieß dar bei den Obligationen auf ein reines Thun oder Unterlassen (faciendi und non faciendi obligationes), überhaupt bei denen, die nicht darauf gerichtet sind, eine bestimmte Sache in das Vermögen des Gläubigers zu bringen, es gilt aber auch von den Obligationen auf das Geben eines bestimmten Sachindividuums, denn auch hier ist der Werth dieser Sache als der eigentliche Inhalt der Forderung zu denken, und der Gläubiger, dem sein zum Geben eines bestimmten Pfands verpflichteter Schuldner in den vollen Werth, den diese Leistung für ihn hatte, condemnirt worden ist, erhält nicht etwas anderes, als was ihm geschuldet war, immer vorausgesetzt, daß er nicht weniger erhält, daß also die Differenz zwischen dem Stand seines Vermögens, wenn ihm die Sache selbst gehörig geleistet worden wäre, und dem jetzigen, wo er sie nicht hat, vollkommen ausgeglichen wird. Denn so darf jener Satz nicht verstanden werden, als sei es gleichviel, ob z. B. ein Pferd von 200 Thalern Werth oder diese Summe versprochen worden, so daß der Schuldner durch Zahlung dieser Summe sich befreien könnte. Nur dieß vielmehr ist damit gesagt, daß das letzte Ziel jeder Obligatio ein Vermögenswerth, also eine Geldsumme ist, q) über die Größe derselben ist damit nicht entschieden, für diese ist die individuelle Bestimmtheit der Leistung von entscheidender Wichtigkeit, wie sie es auch noch in andern Rücksichten ist.

Wenn aber der Prätor ohne Exception den Vater auf die Conventionalstrafe verurtheilen ließ, so verfuhr er auch ad legem Gai. IV 108. — Huschke's Annahme der Möglichkeit der Ductio beruht übrigens nur auf der Analogie der Vermögensklagen und gerade diese Analogie galt in Rom nicht wie in Latium; auch ließe sich unter der lex allenfalls die lex contractus verstehen, deren buchstäbliche Erfüllung in älterer Zeit erzwungen wurde, als sich Obligationen- und Familienrecht noch nicht scharf geschieden hatten. Ihering Geist II S. 223 leugnet die Klagbarkeit des Verlöbnisses auch für die ältere Zeit ganz ab, allein noch Plutarch Cato min. 7 setzt die Klagbarkeit voraus. R.]

o) L. 134 pr. D. de V. O. (45, 1).

p) Es war daher nicht verwerflich, wenn frühere Juristen die Forderung als ius *ad* rem (Recht auf eine Sache im Gegensatz zu dem Recht an einer Sache, *in* re) bezeichneten.

q) Der Werth ist die Seite, von der die Handlung zur Sprache kommt, aber darum ist nicht der reine Werth Gegenstand der Obligatio, sondern die Handlung, die ihn einschließt. Daher das Erforderniß des Werths für den Gläubiger in der oben dargestellten Art (Note d). Daher ferner das Erforderniß der Möglichkeit der Handlung: impossibilium nulla obligatio, sie mag physisch unmöglich sein, wie der Transport eines Gebäudes, ohne es zu zerstören, oder rechtlich unmöglich, wie das Geben einer res sacra, der Verkauf einer königlichen Residenz L. 35 pr. D. de V. O. (45, 1). Anders, wenn etwas Mögliches versprochen wird unter der Bedingung, daß das Unmögliche nicht geschehe. Auch eine unsittliche Handlung wird wie eine unmögliche behandelt, z. B. das Versprechen, ein Verbrechen zu begehen, auch als Bedingung gefaßt, macht sie die Obligatio zu einer unsittlichen L. 123 de V. O. (45, 1) § 204 Note u. Daher endlich das Erforderniß der Disposition des Schuldners über die Handlung. Niemand kann eine fremde Handlung präcis versprechen, er kann nur sich verpflichten, den Andern dazu zu bewegen oder nur eine Strafe versprechen unter der Bedingung, daß sie unterbleiben würde. Nur insofern wird die stipulatio: habere licere oder dolum malum abesse et abfuturum esse zu einer gültigen L. 38 pr. § 1. 2 L. 83 D. de V. O. (45, 1).

CCLIX. Wie das Wesen der Obligatio überhaupt durch ihren Gegenstand sich bestimmt, haben wir bisher durch Hervorhebung der allgemeinen Seite dieses Gegenstands, die in der Darstellung eines Vermögenswerths besteht, gesehen. Alle Leistungen obligatorischer Art haben das gemeinschaftliche Merkmal, daß sie ihr Aequivalent in einer Geldsumme finden, neben diesem Gemeinsamen geht aber eine große Mannigfaltigkeit der Leistungen her, eine individuelle Verschiedenheit derselben; diese zweite, individuelle Seite der Leistung ist es, die einen höchst bedeutenden Einfluß auf den Charakter der einzelnen Obligationen und ihre Verschiedenheit von einander hat, sie soll nunmehr ins Auge gefaßt werden.

Unter allen den verschiedenen Leistungen, die Gegenstand einer Obligatio sein können, bilden eine besonders hervorgehobene Classe die, welche von den Römern unter dem technischen Ausdruck dare zusammengefaßt werden. Dare heißt die Handlung, wodurch ein bestimmtes Object (Sache oder Recht) auf civilrechtlichem Weg in das Vermögen eines Andern gebracht werden soll (Bd. I § 165). Es sind drei Momente, die in diesem Begriff zusammenkommen: 1) das Object ist noch nicht im Vermögen des Gläubigers, 2) der Schuldner ist verpflichtet zu einem Act, dem das Jus civile die Wirkung des Uebergangs in das Vermögen des Gläubigers zuerkennt (z. B. Eigenthumsübertragung durch Mancipatio, In Jure Cessio, Traditio — letztere bei den Sachen, wo sie diese Wirkung nach Jus civile hat — In Jure Cessio einer Servitut), 3) das Object muß ein bestimmtes sein, ein certum.[a]) Dieses letzte Moment soll noch näher dargestellt werden. Certum ist, was der Individualität, der Qualität und der Quantität nach bestimmt und gewiß ist.[b]) Der Satz aber, daß das zu Gebende individuell bestimmt sein müsse, wenn die Obligatio certa sein soll, erleidet eine wichtige Modification bei gewissen Sachen. Es giebt nämlich Sachen, bei denen im Verkehr die Individualität zurücktritt, so daß es uns bei ihnen nicht auf die Species (die individuellen Stücke), sondern blos auf die Quantität der Stücke dieser Gattung ankommt, Sachen, von denen eine die andere vollkommen vertritt, und die daher im Verkehr lediglich nach dem Maß behandelt werden, wie dieß bei Geld, Getreide, Wein ꝛc. von derselben Gattung und Güte der Fall ist. Man hat sie fungible Sachen genannt,[c]) die Römer gebrauchen folgende Beschreibung ihrer eigenthümlichen Natur: res quae communi specie continentur,[d]) — in

---

a) Was geleistet wird, ist freilich immer ein certum, daher wird z. B. bei dem Versprechen, einen noch unbestimmten Sclaven zu geben, das Wort dare gebraucht: hominem (generaliter, nicht einen bestimmten) dare spondes? aber die Forderung geht hier nicht auf ein certum (wenn der Gläubiger nicht die Wahl hat und sie ausübt), und davon ist hier allein die Rede, aus jener Stipulation entsteht keine obligatio ad dandum, so wenig als aus der Stipulation: quanti ea res erit, tantam pecuniam dare spondes?

b) L. 74 D. de V. O. (45, 1): Stipulationum quaedam certae sunt, quaedam incertae. Certum est, quod ex ipsa pronuntiatione apparet, quid, quale, quantumque sit: ut ecce aurei decem, fundus tusculanus, homo Stichus, tritici africi optimi modii centum, vini campani optimi amphorae centum. Die Gewißheit ist objectiv zu verstehen, was den Parteien noch unbekannt ist, kann certum sein L. 75 § 5 eod.: Sed qui vinum aut oleum vel triticum, *quod in horreo est*, stipulatur, certum stipulari intelligitur. Dasselbe gilt von der Stipulation: fundum tusculanum dari, wenngleich die Parteien mit der Qualität und dem Umfang des Grundstücks unbekannt wären.

c) Dieser Ausdruck ist im 16 Jahrh. von Ulrich Zase erfunden worden, in neuerer Zeit hat Thibaut dafür das Wort vertretbare Sachen empfohlen, womit nichts gewonnen ist, da es das wesentliche Merkmal, die Vertretung einer durch die andere derselben Gattung nicht ausdrückt. — Man darf Fungibilität nicht mit Brauchbarkeit (§ 255) verwechseln, wenn auch beide Eigenschaften stets genau bei denselben Sachen zusammenträfen, so wären es doch zwei ganz verschiedene Begriffe. *d*) L. 29 D. de solut. (46, 3).

genere suo functionem recipiunt per solutionem, quam specie[e]) — res quae pondere, numero, mensura constant.[f]) Bei dieſen Sachen vertritt die Zahl, die Quantität, die Stelle des Individuums, eben weil und ſofern dieſes gleichgültig iſt und nicht in Frage kommt. Die Obligatio auf das Geben ſolcher Sachen iſt daher eine certa, wenn nur das quantum und quale beſtimmt iſt, daher ſind z. B. 100 Thaler ein Certum, wenn es gleich keine beſtimmten Thalerſtücke ſind, worauf die Forderung gerichtet iſt, während 100 Pferde ohne Bezeichnung beſtimmter Pferdeindividuen (Pferde alſo bloß als Genus verſtanden) ſtets auch bei beſtimmter Bezeichnung der Qualität, ein Incertum ſind (ſ. Note f a. E.). Neben der beſtimmten Quantität (Zahl, Maß, Gewicht) wird, wenn die Obligatio certa ſein ſoll, noch eine genaue Beſtimmung der Qualität vorausgeſetzt, alſo die möglichſt enge Begrenzung des Genus (z. B. was für Wein, welches Gewächs, welcher Jahrgang), in Beziehung auf die Güte iſt nur das Beſte als Certum zu betrachten.[g]) Bei dem Geld aber vertritt die öffentliche Anerkennung der Sache als allgemeines Tauſch- und Zahlungsmittel (pecunia signata forma publica populi romani) jene beſondere Angabe der Qualität.[h]) Unter dieſer Vorausſetzung iſt die auf eine beſtimmte Geldſumme gerichtete Forderung ſogar vor allen certae obligationes noch beſonders ausgezeichnet (Bd. I § 165), indem hier der Geldwerth der Leiſtung in ihr ſelbſt ſchon vollkommen ausgeſprochen iſt (ſ. unten).

Den Obligationen auf dare ſtehen gegenüber die auf facere. Darunter werden alle übrigen begriffen, mit Ausnahme einer beſonderen Claſſe, von der noch unten die Rede ſein wird.[i]) Es gehören dahin die Obligationen auf Tradition, Reſtitution oder Exhibition einer Sache, überhaupt auf jede Leiſtung einer Sache, die nicht unter den Begriff des dare im oben gegebenen Sinn

---

e) L. 2 § 1 D. de reb. cred. (12, 1)

f) Gai. III 90 Ulpian XXIV 7 L. 30 § 3 D. ad L. falcid. (35, 2) u. a. Man hat ſich vor zwei Irrthümern zu hüten: 1) daß die fungiblen Sachen auch überall im Recht von dieſer Seite betrachtet würden; dieß iſt nicht der Fall, ſo wenn ſie z. B. als Gegenſtände des Eigenthums in Frage kommen, tritt jene Eigenſchaft ganz zurück; 2) daß allen Sachen willkürlich die Eigenſchaft der Fungibilität beigelegt werden könne; dieß iſt deßwegen falſch, weil die Fungibilität in einer Eigenſchaft der Sachen ihren Grund hat, in der nämlich, daß für den gewöhnlichen Gebrauch eine Species des Genus ſo gut iſt als die andere, was keineswegs bei allen Sachen der Fall iſt.

g) L. 75 § 1. 2 D. de V. O. (45, 1): Ergo si qui fundum sine propria appellatione vel hominem generaliter sine proprio nomine aut vinum frumentumve sine qualitate dari sibi stipulatur, incertum deducit in stipulationem. Usque adeo ut si quis ita stipulatus sit tritici africi boni modios centum: vini campani boni amphoras centum, incertum videatur stipulari: quia bono melius inveniri potest. quo fit, ut boni appellatio non sit certae rei significativa: cum id, quod bono melius sit, ipsum quoque bonum sit. At cum optimum quisque stipulatur, id stipulari intelligitur, cuius bonitas principalem gradum bonitatis habet: quae res efficit, ut ea appellatio certi significativa sit.

h) Vgl. lex rubria cap. 21. Eine auf andere Münzen gerichtete Obligation würde, um als certa gelten zu können, eine ſo genaue Beſtimmung der Qualität und Güte erfordern, wie eine auf ein beſtimmtes Maß von Getreide, Wein, ungemünztem Metall.

i) L. 2 pr. D. de V. O. (45, 1): Stipulationum quaedam in dando, quaedam in faciendo consistunt. L. 5 § 1 D. eod.: Stipulatio autem est verborum conceptio, quibus is, qui interrogatur, *daturum facturumve* se quod interrogatur, responderit. Dieſe Eintheilung iſt vollſtändig, denn die unten zu erwähnende dritte Claſſe (ad praestandum) bezieht ſich nicht auf Contractsobligationen, alſo auch nicht auf Stipulationen.

fällt,[k]) auf eine servitus tuitione praetoris constituenda,[l]) ferner auf ein sonstiges Thun oder Nichtthun, z. B. operas, insulam aedificari, ratum habiturum, decem dari sibi curari, pecuniam te mihi crediturum u. s. f.[m]) Alle diese Obligationen sind incertae,[n]) umgekehrt gehören aber auch alle Obligationen auf ein incertum zu dieser Classe, wenn sie gleich den Worten des Contracts nach auf ein dare gestellt sind (vgl. Note a), also die Obligationen auf dare von etwas, das dem quid oder quale oder quantum nach unbestimmt ist.[o]) Von dieser Art ist die Obligatio auf Leistung eines Gegenstands, der nur der Gattung nach, nicht individuell bestimmt wird (auf ein genus), vorausgesetzt, daß es sich nicht um fungible Sachen handelt,[p]) eben so die Obligatio auf Leistung eines alternativ bestimmten Gegenstands (z. B. dieses Haus oder 10000 Thaler). Indessen hört eine solche Obligatio auf incerta zu sein, wenn dem Gläubiger die Wahl gegeben ist, er übt sie durch die Forderung des Gegenstands aus, auf den seine Wahl fällt, seine Forderung ist daher certa, wenn nur der gewählte Gegenstand selbst ein certum ist.[q]) Regelmäßig ist als Wahl von Seiten des Schuldners erst die wirkliche Leistung, von Seiten des Gläubigers erst die Anhängigmachung der auf den gewählten Gegenstand gerichteten Klage zu betrachten, so daß eine vorhergehende Erklärung ihn nicht bindet, aber es kann die Wahl auch auf eine solche Erklärung gestellt, und dadurch eine nachherige Abänderung ausgeschlossen sein.[r])

Als eine dritte Classe werden noch ausgeschieden die Obligationen auf praestare.[s]) Daß in dem Gegensatz zu dare und facere dieses Wort auf eine Strafe und Ersatz eines Schadens, die nach Jus civile gefordert werden können, geht, ist an einem andern Ort auseinandergesetzt worden (Bd. I § 165). Das Wort hat aber nur durch jenen Gegensatz diese beschränkte Bedeutung, an sich hat es die allgemeinere einer auf die Ausgleichung einer eingetretenen Differenz zwischen einem gegenwärtigen Zustand und dem, welcher gefordert werden kann,

---

k) L. 28. 52 § 1 L. 72 pr. D. de V. O. (45, 1): — si quis faciendum aliquid stipulatus sit, ut puta fundum tradi.

l) L. 2 § 5 D. eod.: item si in facto sit stipulatio, veluti — per te non fieri neque per heredem tuum, quo minus mihi ire agere liceat.

m) L. 4 § 1 L. 67 § 1 L. 68. 72 pr. D. eod. — Id quod in facto est bedeutet auch zuweilen ein natürliches Thun, z. B. Alexandriam venire L. 46 § 1 eod. tenere licere L. 130 eod., dieß wird im Gegensatz zu einem facere, welches die Uebertragung oder Bestellung eines Rechts enthält, nudum factum genannt L. 52 § 1 eod.

n) L. 75 § 7 D. eod.: qui id, quod in faciendo aut non faciendo consistit, stipulatur, incertum stipulari videtur.

o) L. 75 D. eod.

p) Von dieser Obligatio auf ein Genus ist wohl zu unterscheiden der Fall, wenn nicht eine generelle Bezeichnung, sondern eine individuelle beabsichtigt war, aber diese so unvollkommen geschehen ist, daß das gemeinte Individuum völlig ungewiß bleibt (corpus ignotum). Hier ist die Obligatio ungültig L. 115 pr. D. de V. O. (45, 1): imperfecta erit stipulatio — fundum dare non adiecto nomine —. L. 69 § 4 D. de iure dot. (23, 3).

q) L. 75 § 8 L. 106. 112 pr. D. de V. O. (45, 1) L. 34 § 6 D. de contr. emt. (18, 1). Vgl. auch Bd. I § 165 S. 484 f. — Wenn jemand etwas generaliter oder alternativ verspricht, ohne daß über die Wahl etwas hinzugefügt wird, so läßt sich das Versprechen nicht anders interpretiren, als daß er selbst die Wahl haben soll. Anders, wenn ein Testator jemanden eine Forderung auf ein Genus oder Alternativum giebt, also jene Obligatio durch Vermächtniß entstanden ist, hier muß die dem Gläubiger (dem Legatar) günstigere Interpretation vorgezogen, ihm also auch ohne ausdrückliche Bestimmung die Wahl gegeben werden L. 108 § 2 D. de leg. I (30).

r) Für den Schuldner L. 138 § 1 D. de V. O. (45, 1) L. 84 § 9 D. de leg. I (30). Für den Gläubiger L. 112 pr. D. de V. O.

s) L. 3 pr. de O. et A. (44, 7).

gerichteten Thätigkeit.[t]) Einerseits paßte es hiernach ganz besonders auf jene Fälle, andrerseits aber auch nicht weniger für alle Forderungen, die auf Ersatz eines Schadens, auf das Einstehen für einen nachtheiligen Umstand gerichtet sind, endlich ließ es sich auch auf alle Leistungen anwenden, insofern jeder Leistende seine Thätigkeit für die Herbeiführung des Zustands, der sein soll, einsetzt. Ein solches Wort war sehr geeignet, die Vollständigkeit einer Aufzählung durch seine Anfügung an die specielleren Ausdrücke herzustellen;[u]) wie an dare, facere, so ließ es sich auch an das bloße dare anfügen, und begriff dann auch die Obligationen ad faciendum.

Der Gegenstand der Verpflichtung kann eine einfache oder eine aus mehreren zusammengesetzte Leistung sein. Von diesen mehrfachen Leistungen kann eine die principale sein, während die andern als Accessionen zu ihr sich verhalten, es lassen sich aber auch mehrere principale denken. In beiden Verhältnissen kann die Mehrheit von Leistungen eine Mehrheit von Obligationen in sich schließen, die nur gleichzeitig in demselben Act entstanden sind, oder es kann eine Obligatio sein, deren Gegenstand in mehrere Leistungen sich spaltet. Dieß letztere ist der Fall überall, wo die Mehrheit der Leistungen zum Wesen einer gewissen Obligatio gehört, wie z. B. die des Verkäufers auf Tradition der Sache, Prästation des habere licere, Ersatz eines verschuldeten Nachtheils u. s. f. geht, während es immer dieselbe Obligatio und daher auch dieselbe Klage ist, deren Gegenstand jene Leistungen bilden. Bei allen Obligationen, die den Schuldner verpflichten, zu leisten, was der bona fides gemäß ist, und aus denen daher eine bonae fidei actio entspringt, enthält dieser Gegenstand wesentlich eine Mehrheit von Leistungen theils principaler, theils accessorischer Natur. Außerdem hängt es von der Natur der Mehrheit ab, ob sie die Einheit der Obligatio ausschließt. Betrifft die Spaltung nur den Akt der wirklichen Leistung selbst, so entstehen darum nicht mehrere Leistungen, die Obligatio daher, die z. B. das Geben von hundert im Eigenthum des Schuldners befindlichen Baumstämmen zum Gegenstand hat, ist Eine, wenn auch die Stämme nur nach und nach wirklich abgeliefert werden.[v]) Denselben Charakter hat die Stipulation eines Incertums, das mehrere Leistungen in sich faßt, auch hier wird die Mehrheit nur auf die factische Leistung, nicht auf die Obligatio selbst bezogen, so die Stipulation einer bestimmten jährlichen Geldreichung.[w]) Wenn dagegen der Gegenstand ein Certum ist, welches in mehreren Terminen geleistet werden soll, wird er durch diese Uebereinkunft in mehrere Certa, und damit die Obligatio selbst in mehrere gespalten. So wird der Fall einer auf terminweise Zahlung einer Geldsumme gerichteten Stipulation entschieden, obwohl man denken könnte, die Spaltung betreffe bloß die factische Prästation, nicht den Gegenstand der Obligatio selbst.[x]) Ueberhaupt aber, wenn in der-

---

t) Der Gedanke, den das Wort seiner Etymologie nach ausdrückt, wird nahezu wiedergegeben durch das deutsche: jemanden gerecht werden.

u) Wie z. B. municipium colonia *locus* in der Lex Rubria cap. 20.

v) Es sind hier nur scheinbar mehrere Leistungen, nämlich nur, wenn wir auf das Factum der wirklichen Leistung (die praestatio) sehen, nicht insofern Leistung als Gegenstand der Forderung genommen wird.

w) L. 16 § 1 D. de V. O. (45, 1): Stipulatio huiusmodi: in annos singulos, una est et incerta et perpetua, non quemadmodum simile legatum morte legatarii finietur. Gai. IV 131. Anders ist es bei Legaten, es sind so viele Legate als Termine, von denen jedes für sich erworben wird L. 4. 11 D. de annuis leg. (33, 1).

x) L. 140 § 1 D. de V. O. (45, 1): De hac stipulatione: annua bima trima die id argentum [sua] quaque die dari, apud veteres variatum fuit, sed verius et hic tres esse trium

selben Stipulation neben einander mehrere Summen oder Gegenstände aufgeführt werden, sind es so viele Stipulationen als Summen oder Sachen.[y])

Nur bei einer Obligatio auf ein Incertum ist es denkbar, daß sie auf mehrere Leistungen gerichtet ist, ohne daß ihre Einheit dadurch verloren geht.

CCLX. Der Vermögenswerth ist oben als der allgemeine Inhalt aller Obligationen angegeben worden, der im Hintergrunde jeder Leistung, welche individuelle Gestalt sie haben möge, zu denken ist. Aber er selbst kann sich zu dem speciellen Gegenstand einer Obligatio gestalten. Es giebt Obligationen, die geradezu auf die Leistung des Vermögenswerths von etwas gehen, so z. B. wenn jemand einem Andern den Ersatz des Nachtheils, den dieser von einem Ereigniß haben würde, versprochen hat, oder wenn er ihm zu diesem Erfolg durch eine unerlaubte Handlung verpflichtet ist. Eine solche Forderung kann sich aber auch mit einer andern Obligatio verbinden, indem zu dem Hauptgegenstand derselben jener als Erweiterung und Accession hinzutritt, z. B. der Ersatz des Nachtheils, welcher den Gläubiger durch Verzögerung der Hauptleistung trifft, auf welche die Verbindlichkeit von Anfang gerichtet war. Endlich kann der Hauptgegenstand selbst, der an sich ein anderer war, z. B. das Geben einer Sache, die Vornahme einer andern Handlung, in einen Anspruch auf jenen Vermögenswerth übergehen, entweder weil die eigentlich beabsichtigte Leistung nicht mehr geschehen kann, ohne daß der Schuldner befreit ist (z. B. die zu gebende Sache existirt nicht mehr), oder weil der Schuldner sich derselben weigert, und ein directer Zwang unanwendbar oder inconvenient ist. Nach älterem Recht trat diese Verwandlung bei jeder Obligation, die nicht von vornherein eine Geldsumme zum Gegenstand hatte, ein, wenn es zur Condemnation des Schuldners kam, da diese stets in eine Geldsumme geschah (Bd. I § 166), nach justinianischem Recht ist dieß wenigstens überall der Fall, wo die Befriedigung des Gläubigers durch die wirkliche Leistung des ursprünglichen Gegenstands eine persönliche Thätigkeit des Schuldners voraussetzt, die nicht erzwungen werden kann (Bd. I § 186).

Der allgemeine Ausdruck für den Vermögenswerth, welcher Gegenstand einer Forderung wird, ist quanti res est. Res kann in dieser Formel eine Sache heißen, aber auch die allgemeine Bedeutung von Gegenstand haben, und namentlich, wenn jene Worte die Summe bezeichnen, in welche der Richter condemniren soll, bedeutet das Wort den Streitgegenstand, die lis, und die Aestimation, welche dem Richter damit aufgegeben wird, ist gleichbedeutend mit litis aestimatio.[a]) Jene Worte bestimmen nun den Gegenstand, der die Grundlage der richterlichen Aestimation bilden soll: die Sache, die Handlung, das Ereigniß, deren Geldäquivalent zu ermitteln ist, und je nach dem Umfang und der Begrenzung dieses Gegenstands (so ob er ein certum oder ein incertum ist) wird die Aestimation selbst weiter oder enger begrenzt sein (Bd. I § 165 Note t. u). Aber dieß ist nicht der ausschließliche Maßstab der Aestimation, es kommt noch darauf an, ob dabei auf individuelle Umstände, die den Werth des

summarum stipulationes. Bei Legaten einer jährlichen Summe auf eine bestimmte Anzahl von Jahren wird anders entschieden: es ist Ein Legat, die Termine betreffen nur die Auszahlung L. 20. 26 D. quando dies leg. (36, 2), die entgegengesetzte Entscheidung würde hier, gegen die Absicht des Testators, der seinen Erben nur die Prästation erleichtern wollte, die Folge haben, daß mit dem Tod des Legatars die Forderung der künftigen Termine wegfiele.

y) L. 29 pr. 86. 140 pr. D. de V. O. (45, 1).

a) So z. B. L. 47 D. de R. V. (6, 1) L. 4 D. de cond. trit. (13, 3) L. 8 D. de eo quod certo loco (13, 4) L. 11 D. de re iud. (42, 1) Gell. IV, 4.

Gegenstands für den Gläubiger bestimmen, und auf welche Rücksicht genommen werden soll, oder nicht. Darüber entscheiden jene Worte nicht, sie lassen an sich die eine und die andere Entscheidung zu.[b]) Dieses doppelte Verfahren bei der Aestimation soll nun näher beschrieben werden:

1) Die Aestimation richtet sich bloß auf den Verkaufswerth des Gegenstands, verum rei pretium (auch wohl vera rei aestimatio), so daß nichts in Anschlag kommt, was diesen Werth für den Gläubiger unter den vorliegenden Umständen erhöhen, oder auch wohl mindern könnte.[c])

2) Die Aestimation geht auf den Werth, den der Gegenstand für den Gläubiger hat, also auf die Differenz, die das Geschehen oder Nichtgeschehen von etwas in seinem Vermögen bewirkt, aestimatio eius quod interest, und dieses Interesse kann sich bei einer Sache höher als ihr Preis, aber auch niedriger stellen.[d])

Die erste Art der Aestimation ist nur da möglich, wo es sich um den Eigenthumswerth einer bestimmten Sache handelt, sei es als Gegenstand einer Forderung, oder sonst, z. B. wenn bei der Berechnung der falcidischen Quart der Werth der Erbschaft und einzelner Sachen angeschlagen werden soll, und daran schließt sich der Fall, wenn die Größe einer Strafe sich nach dem Werth einer

---

b) S. Note d. Mit Unrecht hat man daher die nachher Note c. d dafür anzuführenden Stellen für widersprechend gehalten.

c) L. 20 § 21 D. de H. P. (5, 3) L. 7 § 12 D. comm. div. (10, 3) L. 62 § 1 L. 63 pr. D. ad l. falc. (35, 2) L. 2 § 13 L. 4 § 11 D. vi bon. rapt. (47, 8). Daß der Ausdruck quanti res est diese Bedeutung haben kann, ergiebt sich aus L. 193 D. de V. S. (50, 16): haec verba: quanti eam rem paret esse, non ad quod interest, sed ad rei aestimationem referuntur, d. h. in dem Fall, von dem der Jurist handelte L. 4 § 11 D. vi bon. rapt. (47, 8) L. un. § 4 D. si quis ius dic. (2, 3).

d) L. 1 pr. D. de act. emti (19, 1): si res vendita non tradatur, in id quod interest, agitur, hoc est, quod rem habere interest emtoris, hoc autem interdum pretium egreditur, si pluris interest, quam res valet vel emta est. L. 9 § 8 D. ad exhib. (10, 4): — utilitatem actoris venire in aestimationem, non quanti res sit, quae utilitas interdum minoris quam res erit. Daß der Ausdruck quanti res est diese Bedeutung haben kann, ergiebt sich aus L. 81 § 1 D. de V. O. (45, 1) L. 4 § 7 D. de damno inf. (39, 2): — quanti ea res est, cuius damni infecti nomine cautum non erit, iudicium datur, quod non ad quantitatem refertur, sed ad id, quod interest, et ad utilitatem venit, non ad poenam, also: wenn man die Worte quanti res est als eine Bestimmung der Quantität selbst versteht, dann bedeuten sie den Verkaufswerth der Sache, anders, wenn damit nur der Gegenstand, der die Grundlage der Aestimatio sein soll, bezeichnet wird. So auch L. 3 § 11 D. uti poss. (43, 17): in hoc interdicto [d. h. im cascellianum iudicium: Rudorff Zeitschr. XI 359, 29. R.] condemnationis summa refertur ad rei ipsius aestimationem. *Quanti res est*, sic accipimus, quanti uniuscuiusque interest, possessionem retinere. Servii autem sententia est existimantis, tanti possessionem aestimandam, quanti ipsa res est: sed hoc nequaquam opinandum est, longe enim aliud est rei pretium, aliud possessionis. [Servius hatte in Anschlag gebracht, daß durch die Besitzverletzung, namentlich durch eine totale Invasion die Usucapion des Klägers unterbrochen sein kann und sonach zugleich der Werth des ihm entgangenen Eigenthums in Betracht kommt. Ferner in L. 21 § 7 D. de O. N. N. (39, 1). Idem (Labeo) dicit adiciendum esse in stipulatione, ut tantum praestetur, quanti uniuscuiusque intersit, si hoc maluerint. ceterum si ita fuerit (inquit) cautum, *quanti ea res erit*, dubitabitur, utrum ad totius corporis aestimationem haec verba referuntur, an vero ad quod eius interest, qui stipulatur? Ego puto, et si sic fuerit uni cautum, *quanti ea res erit*, defendi posse, stipulationem sufficere: ad operis enim quantitatem ea refertur. Dagegen geht L. 1 § 16 D. si is qui test. (47, 4): Illud verum est, si potest alias heres ad suum pervenire, non esse honorariam actionem dandam: *cum in id, quod intersit, condemnatio fiat* auf das Interesse als Voraussetzung der Obligatio. R.]

Sache bestimmt.[e]) Ist der Ersatz des Werths Gegenstand der Forderung, so kann die Aestimation auf den Preis nur dann sich beschränken, wenn die Forderung auf dare (Bd. I § 165 S. 484), also auf das Geben der Sache zu Eigenthum geht, überall dagegen, wo die Forderung auf ein incertum geht, dessen Werth angeschlagen werden soll, ist es das Interesse, welches zu ermitteln, und unter den Worten: quanti ea res est zu verstehen ist.[f])

Das Interesse ist der Werth von etwas in Beziehung auf das gesammte Vermögen einer gewissen Person betrachtet, daher wird es auch durch das Wort utilitas bezeichnet.[g]) Es ist die Differenz zwischen dem Stand des Vermögens nach dem Eintritt eines nachtheiligen Umstands und dem Stand, den es ohne denselben haben würde, sei es, daß ihm ein schon erworbener Theil entzogen, oder ein erwarteter Zuwachs verloren ist.[h]) Das Interesse also als Gegenstand einer Forderung setzt einen Vermögensnachtheil, einen Schaden (damnum) voraus, der eine doppelte Gestalt annehmen kann: Minderung des Vermögens um einen gegenwärtigen, oder um einen künftigen Bestandtheil desselben. Das erstere hat man positiven Schaden (Damnum emergens), das zweite negativen (Lucrum cessans, entgangenen Gewinn) genannt. Die Wiederherstellung des Vermögens gegen einen Nachtheil läßt sich unter Umständen als eine specifische denken, deren Erfolg der ist, daß der Verletzte specifisch dasselbe erhält, was ihm entzogen worden ist, z. B. die Sache nebst ihren Früchten in natura; dieß wird sehr häufig nicht möglich sein, oder wenigstens den erlittenen Schaden nicht völlig beseitigen. Dann wird es zu einer Wiederherstellung dem Werth nach kommen, durch die das Vermögen des Verletzten, ohne dieselben specifischen Gegenstände zu enthalten, denselben Betrag erreicht, den es ohne das nachtheilige Ereigniß gehabt hätte. Das Interesse fordern heißt nun eben diese Wiederherstellung dem Werth nach fordern.

Zuweilen wird dem Benachtheiligten gestattet, den Betrag seines Interesse durch einen Eid, iusiurandum in litem, zu bestimmen, die Größe ist hier, soweit der Richter nicht eine Taxatio beifügt, rein auf sein Gewissen gestellt (Bd. I § 174 S. 535). Regelmäßig aber hat der Richter die Quantität

---

e) S. die Stellen Note c und die Note d cit. L. 4 § 7 de dammo inf. (39, 2). Dieß würde auch auf die actio furti zu beziehen sein, deren Gegenstand eine nach dem Werth des Gestohlenen (auf das duplum, triplum, quadruplum desselben) bestimmte Strafe ist. Und so sagt auch Ulpian L. 50 pr. de furtis (47, 2): in furti actione non quod interest, quadruplabitur vel duplabitur, sed rei verum pretium — (der höchste seit dem Diebstahl), aber dieß soll nur die Berücksichtigung eines geringeren Interesses, das vielleicht der bestohlene Eigenthümer unter den vorliegenden Umständen hatte, ausschließen, nicht die eines höheren L. 52 § 28. 29 L. 67 § 1 L. 80 § 1 L. 27 pr. eod., während, wenn der Nichteigenthümer die furti actio hat, die Strafe lediglich nach seinem Interesse, das meistens geringer als der Preis der Sache sein wird, zu berechnen ist L. 80 § 1 cit.: — quia itaque tunc sola utilitas aestimationem facit, cum cessante dominio furti actio nascitur, in istis causis ad aestimationem corporis furti actio referri non potest. Die Berücksichtigung des Interesses bei dem Eigenthümer, soweit sie ihm vortheilhaft ist, wurde für billig gehalten, weil es bei der Frage nach der Zuständigkeit der Klage berücksichtigt wird, denn der Mangel desselben kann bewirken, daß nicht er, sondern ein Anderer die Klage hat. Dadurch beseitigen sich die angeblichen Controversen und Widersprüche.

f) S. die Stellen Note d. L. 114 D. de V. O. (45, 1): si fundum certo die *praestari* stipuler et per promissorem steterit, quominus ea die praestetur, consecuturum me quanti mea intersit, moram facti (factam) non esse ist nicht von einer Stipulation auf ein certum, sondern auf ein incertum zu verstehen, vgl. L. 4 pr. D. de usur. (22, 1).

g) L. 11 § 18 D. de action. emti (19, 1) L. 81 § 1 D. de V. O. (45, 1) u. a.

h) L. 13 pr. D. ratam rem hab. (46, 8): in quantum mea interfuit, i. e. quantum mihi abest, quantumque lucrari potui.

nach dem von dem Verletzten beizubringenden Beweis zu ermitteln und festzusetzen, und dafür sind ihm folgende Regeln gegeben.

Vor allem ist es stets nur das Vermögensinteresse, welches Gegenstand einer Forderung ist, der Werth der Neigung kommt nicht in Anschlag.[i]) Sodann muß zwar jeder Nachtheil, der durch das beschädigende Ereigniß wirklich verursacht worden ist, in Ansatz gebracht werden, auch wenn er nur durch eine Verkettung besonderer Umstände eintrat, wer z. B. eine Sache zu leisten hatte, die der Gläubiger unter einer Strafe einem Andern schuldete, muß auch diese Strafe ersetzen, die er seinem Gläubiger durch seine Säumniß zugezogen hat.[k]) Aber diese individuellen Umstände werden doch nur begünstigt, wo es sich um einen positiven Schaden, also um schon eingetretene, mithin vollkommen zu übersehende Verluste handelt, nicht bei dem Anschlag eines entgangenen Gewinns, weil dieser, je mehr er von individuellen Verhältnissen abhängt, desto unsicherer wird und zugleich aus dem Causalnexus mit dem beschädigenden Ereigniß heraustritt,[l]) daher z. B. als Gewinn, der uns durch die Vorenthaltung einer Geldsumme entgangen ist, nur die Zinsen in Anschlag gebracht werden, die durch ihre Anlegung bezogen werden konnten, nicht der außerordentliche Vortheil, den sie dem Gläubiger durch eine Handelsspeculation gebracht haben würde.[m]) Nur wenn das Interesse des Orts der Zahlung, also die Differenz, die durch eine Veränderung desselben in dem Vermögen entsteht, zu berechnen ist, muß auch hinsichtlich des entgehenden Gewinns auf solche besondere Verhältnisse gesehen werden, dieß liegt in dem Gegenstand selbst, in Beziehung auf den gemeinen Gewinn wird sich regelmäßig keine Ortsdifferenz ergeben.[n])

CCLXI. Der Schuldner einer Summe kann verpflichtet sein, für die Benutzung derselben bis zur wirklichen Leistung dem Gläubiger ein Aequivalent zu geben; dieses Aequivalent führt den Namen von Zinsen, usurae. Die Zinsverbindlichkeit kann sich auf ein Rechtsgeschäft gründen, welches sie festsetzt (Zinsen ex obligatione), aber auch außerdem kann es dem Recht gemäß sein, daß Zinsen gegeben werden, so daß der Richter einen Schuldner dazu verurtheilt, obgleich sie durch kein Rechtsgeschäft festgesetzt, durch keinen Vertrag versprochen sind, z. B. wenn der Schuldner durch rechtswidrigen Verzug dem Gläubiger die Zahlung vorenthalten hat, oder eine stillschweigende Verpflichtung als Absicht der Parteien anzunehmen ist;[a]) in diesem Fall wird gesagt: officio iudicis usurae praestantur (s. g. gesetzliche Zinsen).

---

i) L. 21 § 2 L. 33 pr. D. ad l. aquil. (9, 2): si servum meum occidisti, non affectiones aestimandas esse puto, veluti si filium naturalem quis occiderit, quem tu magno emtum velles —. Ein anderes ist das Interesse, welches zur Begründung einer Forderung gefordert wird, in dieser Beziehung ist unter Umständen ein Affectionsinteresse hinreichend, s. oben § 258 Note e. *k*) L. 22 pr. eod.

l) L. 33 pr. cit.: (L. 63 pr. D. ad. l. falc. (35, 2) — pretia rerum non ex — utilitate singulorum, sed communiter fungi — — nec illum, qui filium alienum possideat, tantum habere, quanti eum patri vendere possit. L. 21 § 3 D. de A. E. V. (19, 1): cum per venditorem steterit, quo minus rem tradat, omnis utilitas emtoris in aestimationem venit, quae modo circa ipsam rem constitit, neque enim si potuit ex vino puta negotiari et lucrum facere, id aestimandum est —.

m) L. 19 D. de peric. et comm. (18, 6).

n) L. 2 § 8 D. de eo quod certo loco (13, 4).

a) L. 13 § 20 D. de A. E. V. (19, 1): veniunt autem in hoc iudicium — usurae pretii post diem traditionis, nam cum re emtor fruatur, aequissimum est, eum usuras pretii pendere.

Die Zinsverbindlichkeit ist materiell nie selbständig, sie setzt stets eine andere Schuld, das Capital (sors, caput) voraus, zu der sie sich als Accession verhält. Aber es ist ein wichtiger Unterschied, ob sie als eine besondere (wenngleich accessorische) Obligatio besteht, oder ob sie nur (was stets bei den s. g. gesetzlichen Zinsen der Fall ist) eine Erweiterung des Gegenstandes der Hauptobligatio ist. Hier wird sie nur mit und in der Hauptschuld selbst geltend zu machen sein, sie setzt also voraus, daß die Hauptschuld einer solchen Erweiterung überhaupt fähig (wie die bonae fidei obligatio wegen Mora § 269) und daß die Klage aus ihr noch zulässig ist; hätte z. B. der Kläger bei ihrer Anstellung die Zinsforderung versäumt, so würde er sie nicht nachträglich noch erheben können, denn eine besondere Klage hat er nicht, und die aus der Hauptobligatio ist durch ihren einmaligen Gebrauch consumirt. [b]) Dort hingegen schneidet die Tilgung der Hauptschuld zwar die weitere Entstehung von Zinsen stets ab, in Folge ihrer materiell accessorischen Natur, aber die rückständigen trifft dieß nicht, da eine selbständige Obligatio und eine besondere von der Hauptklage unabhängige Klage hinsichtlich ihrer besteht.

Das Maß der Zinsen ist bei den gesetzlichen zum Theil durch den Rechtssatz, auf dem die Verbindlichkeit beruht, zugleich festgestellt, [c]) zum Theil hat es der Richter zu bestimmen, [d]) bei den Zinsen ex obligatione wird ihre Größe durch das Rechtsgeschäft gegeben, das sie zusagt. Schon früh aber hat die Gesetzgebung sich veranlaßt gefunden, habsüchtigen Capitalisten, welche die Noth der Creditsuchenden zu übermäßiger Steigerung der Zinsleistungen mißbrauchen, durch Feststellung eines gesetzlichen Zinsfußes, d. h. eines Maximums, das nicht überschritten werden soll, entgegen zu wirken. Vor allem ist dieß für den gewöhnlichsten Fall der Zinsverbindlichkeit, den Zinscontract (fenus) geschehen, aber auch auf andere Zinsen ist diese Schranke erstreckt worden. [e]) Der Zinswucher spielt eine große Rolle in der politischen Geschichte Roms, und es macht auf unser Gefühl von Anstand und Würde keinen sehr günstigen Eindruck, wenn wir die älteste Aristokratie mit Schuldscheinen und Zinsrechnungen als Offensivwaffen gegen das übrige Volk ausrücken sehen. Eine große Versuchung allerdings lag in der alten Sitte, die das Handelsgewerbe des freigebornen Bürgers unwürdig hielt; diese Sitte ließ dem Reichen nur die Anlegung der Capitalien auf Zinsen und in Grundbesitz übrig. Beides wurde so hoch als möglich getrieben, und im Grunde war das erstere das kleinere Uebel. [f])

Der älteste gesetzliche Zinsfuß, welcher erwähnt wird, ist das fenus unciarium, er wurde später auf die Hälfte, fenus semunciarium, herabgesetzt. Die Einführung jenes schreibt Tacitus den Zwölf Tafeln zu, [g]) Livius erzählt

---

b) L. 49 § 1 D. de A. E. V. (19, 1) L. 13 C. de usur. (4, 32) L. 4 C. depos. (4, 34).

c) Vgl. z. B. § 232 Note b.

d) L. 1 pr. D. de usur. (22, 1) L. 10 § 3 D. mand. (17, 1).

e) Bezeichnet wird die Größe der Zinsen als Quote des Capitals, die für einen gewissen Zeitraum gegeben werden soll. Am nächsten liegt es, den Zeitraum eines Jahres zu Grunde zu legen, die späteren Römer aber erleichterten sich die Berechnung für kürzere Zeiträume dadurch, daß sie die Zinsen nach der monatlich zu zahlenden Quote des Capitals bezeichneten. So heißen centesimae usurae die, welche monatlich $^1/_{100}$ des Capitals (also jährlich 12 Procent) betragen.

f) Vgl. Bd. I § 57.

g) Tac. annal. VI 16: nam primo duodecim tabulis sanctum, ne quis unciario fenore amplius exerceret, cum antea (Liv. II 23 VI 14 Dionys. VI 58) ex libidine locupletium agitaretur. [Cato de re rust. praef. Est interdum praestare mercaturis rem quaerere, ni tam periculosum siet et item fenerari, si tam honestum siet. Maiores

zum Jahr 397, daß de unciario fenore ein Plebiscit von Duilius und Mänius durchgesetzt worden sei,[h] im Jahre 407 habe man das fenus semunciarium eingeführt.[i] Die Richtigkeit der Behauptung des Tacitus zu bezweifeln, ist kein Grund, und daß Livius die ihm vorliegende Nachricht über das Duilische Gesetz von einer ersten Einführung dieses Zinsfußes verstanden zu haben scheint,[k] hindert nicht anzunehmen, daß dieses Gesetz, wenn auch nicht bloß eine neue Einschärfung, doch nur Beseitigung von Umgehungsversuchen, oder irgend eine neue Feststellung, sei es hinsichtlich der Personen oder der Berechnung gewesen ist. Man hat früher das fenus unciarium meistens von Einem jährlichen Procent verstanden. Auf dieses undenkbare Resultat (denn Ein Procent als Maximum wäre so gut als ein Zinsverbot, und damit die nachherige Herabsetzung auf die Hälfte eine Lächerlichkeit) ist man folgendergestalt gekommen. Man nahm die uncia, von der dieses Fenus seinen Namen hat, als das Zwölftheil der Asmünze, diese uncia hätte monatlich bezahlt werden müssen, also jährlich ein As von — hundert Asses. Dieses Ganze, worauf alles ankommt, wäre mithin bei einer Bezeichnung des Zinsfußes gar nicht angegeben, und die Römer hätten die Größe der Zinsen mit einem Wort bezeichnet, das die Größe verschweigt, und nur die Zinstermine, die Zahlung in monatlichen Raten ausdrückt. Auf die einfachste Weise hat Niebuhr die Sache erledigt.[l] Fenus unciarium bedeutet Zinsen, die in einem Zwölftheil bestehen. Als das Ganze, von dem diese Quote gemeint ist, kann, da kein andres ausdrücklich angegeben wird, nur das Capital verstanden werden, wie dieß auch bei der späteren centesima usura der Fall ist. Würde man nun ein monatliches Zwölftheil voraussetzen, so käme ein Zinsfuß von Hundert vom Hundert jährlich heraus, der durch seine Größe als ein billiges Maß undenkbar ist, wie jener von Ein Procent durch seine Kleinheit. Aber zu jener Voraussetzung sind wir durch nichts genöthigt; es ist vielmehr sehr wohl zulässig, eine jährliche Berechnung anzunehmen, wodurch also das fenus unciarium sich auf ein ähnliches Zwölftheil vom Capital, also auf $8^1/_3$ Procent stellt, und zwar, wie es wahrscheinlich ist, für das romulische Jahr von 304 Tagen (§ 199).[m]

Ein Plebiscit des Genucius von 412 soll den Zinscontract überhaupt verboten haben.[n] Daß dieses Verbot wieder aufgehoben worden sei, davon schweigen alle Nachrichten, und doch war es im siebenten Jahrhundert nicht

---

nostri hoc sic habuerunt et ita in legibus posiverunt furem dupli condemnari, feneratorem quadrupli. Quanto peiorem existimarint feneratorem, quam furem, hinc licet existimari. Hiernach wäre das Zwölftafelgesetz eine minus quam perfecta lex gewesen, wofern nicht das Vierfache auf die Lex Marcia (Note s) zu beziehen ist. R.]

h) Liv. VII 16. [Wahrscheinlich führte es eine ädilicische Mult gegen die Wucherer ein Liv. VII 28 (411) Huschke Recht des Nexum S. 121. R.]

i) Liv. VII 27.

k) Liv. VII 19, 5.

l) Niebuhr röm. Geschichte III S. 61 ff.

m) [Eine decuma als donum moribus antiquis pro usura wird in der berühmten Beuteinschrift des Mummius v. J. 608 erwähnt. Orelli n. 1862, Ritschl Vorrede zum Bonner Sommerkatalog 1852 p. IX. Dagegen bezog sich die so genannte unciaria lex des Sulla v. J. 666 (Festus s. v.) nicht auf die Zinsen, sondern wohl auf eine Verminderung der Kapitalschuld um 10 Procent, welche die Lex Valeria v. J. 668 (Note o) bis auf 75 Procent zu treiben wagte. R.]

n) Liv. VII 42: praeter haec invenio apud quosdam, L. Genucium trib. pl. tulisse ad populum, ne fenerare liceret. Tac. ann. VI 16 (vgl. Note g) dein rogatione tribunicia ad semuncias redacta, postremo vetita versura. [Appian. bell. civ. I 54: νόμου τινὸς παλαιοῦ προαγορεύοντος μὴ δανείζειν ἐπὶ τόκοις, ἢ ζημίαν τὸν οὕτω δανείσαντα προσοφλεῖν.]

mehr in Uebung; es wird erzählt, daß im Jahre 665 der Prätor Aſellio den Verſuch, die alten Geſetze wieder geltend zu machen, mit dem Leben bezahlen mußte. [o]) Man könnte auf den Gedanken kommen, jene Lex Genucia habe nur die Niederſchlagung der Zinſen zu Gunſten der damaligen Schuldner verordnet, eben ſo wie die Lex Licinia von 387 nur die beſtehenden Zinscontracte außer Wirkung ſetzte (Bd. I § 57), indem ſie neben der Abrechnung der ſchon bezahlten Zinſen vom Capital ohne Zweifel auch die Tilgung der noch nicht bezahlten ausſprach. Es ſcheint doch kaum möglich, daß ein Geſetzgeber ſich hätte ſchmeicheln können, das verzinsliche Darlehen, ohne den Capitaliſten nicht bloß, ſondern auch den Creditbedürftigen ein Surrogat zu bieten, abzuſchaffen.

Indeſſen ſtellt ſich die Sache ſelbſt und die Entſtehung des ſpäteren Rechts in ein anderes Licht, wenn wir den Inhalt der alten Zinsgeſetze näher ins Auge faſſen. Man darf nämlich zwei Beſchränkungen, denen ſie unterlagen, nicht aus den Augen verlieren. Zuvörderſt waren die Geſetze nur auf Zinsgeſchäfte unter römiſchen Bürgern anwendbar, Geſchäfte zwiſchen Bürgern und Latinen oder Peregrinen wurden dadurch nicht beſchränkt. Dieß gab Veranlaſſung, daß man ſich der Nichtbürger als Mittelsperſonen bediente, um das Geſetz zu umgehen, bis die Lex Sempronia von 561 dieſen Unterſchleifen dadurch ein Ende machte, daß ſie auch die Nichtbürger den römiſchen Zinsgeſetzen unterwarf. [p]) Auch waren die Geſetze vielleicht nur auf Italien anwendbar, [q]) ſo daß ein Darlehen, das in die Provinzen ging, wenngleich von einem Bürger an einen ſolchen, ihnen nicht unterworfen war. Dadurch war ſpäter ein überaus großer Theil der bedeutendſten Geſchäfte dieſer Art frei von jenen Schranken, und dieß war mit den politiſchen Zwecken jener Geſetze keineswegs in Widerſpruch. Die zweite Beſchränkung war eine innere, die Wirkung der Geſetze betreffende. Der verbotene Zinscontract war nämlich nicht für nichtig erklärt, der Gläubiger konnte ihn vielmehr gerichtlich geltend machen, nur einer Strafe ſetzte er ſich dadurch aus, die der Schuldner das Recht hatte einzuklagen. Die Strafe betrug das Vierfache der geſetzwidrig bezogenen Zinſen, [r]) und die Lex Marcia gab dem Schuldner deshalb die Manus Injectio. [s]) Nicht ſelten mußte, wenn der Gläubiger Jahre lang die Zinſen hatte wachſen laſſen, und endlich eine Capital- und Zinſenſumme einklagte, welche die Mittel des Schuldners überſtieg, die Zahlungsunfähigkeit mit ihren Folgen dieſen außer Stand ſetzen, von ſeiner Strafforderung Gebrauch zu machen, die Einſchränkung der Legis Actio ſeit der Lex Aebutia war wohl auch nicht ohne Einfluß auf die Anwen-

---

o) Appian. bell. civ. I 54. [Liv. epit. 74 cum aere alieno oppressa esset civitas, A. Sempronius Asellio praetor, quoniam secundum debitores ius dicebat, ab iis, qui fenerabantur, in foro occisus est. Val. Max. IX 7. 4. Damit ſtehen die geſetzlichen Erleichterungen in Verbindung, welche die Conſuln des folgenden Jahrs 666 durch die Lex Pompeja und Cornelia den Schuldnern und ihren Bürgen gewährten (vgl. jedoch § 265 Note s), ferner die Lex Valeria v. J. 668, welche die Schulden auf ein Viertheil herabſetzte. Vell. II 23 L. Valerius Flaccus turpissimae legis auctor, qua creditoribus quadrantem solvi iusserat: cuius facti merita eum poena intra biennium consecuta est. R.]

p) Liv. XXXV 7: ut cum sociis ac nomine latino pecuniae creditae ius idem quod cum civibus romanis esset.

q) Wie die Lex Furia (Gai. III 122), und das Geſetz Cäſars de modo credendi possidendique intra Italiam Tac. annal. VI 16.

r) Cato de re rust. praef. ſ. Note g.

s) Gai. IV 23. Si usuras *exegissent*. [Vgl. Thaleläus zu Baſil. 21, 3, 19 tom. II p. 462 Heimb. οὐχ ἡ ἐπερώτησις εὐθέως ἐπιφέρει τὴν ἀτιμίαν, ἀλλ' ἡ ἀπαίτησις. Huſchke a. a. O. S. 123. R.]

dung der Zinsgesetze, so konnte es 665 als eine Neuerung erscheinen, daß die Schuldner ihre Gläubiger mit jener Strafe bedrohten und der Prätor sich geneigt finden ließ, die seit lange außer Gebrauch gekommenen Gesetze wieder anzuwenden (Note o).

Aus politischen Gründen wurde, wie früher zwischen Römern und Römern, im siebenten Jahrhundert das verzinsliche Darlehen von Römern an Provincialstädte verboten, zuerst durch ein Senatusconsultum 660, dann gegen den Willen des Senats, der jene Verordnung für hinreichend hielt, durch das Plebiscit des A. Gabinius 687. [t]) Dagegen hatte die Aufrechthaltung jener alten Gesetze kein Interesse mehr, vielmehr mußte den Creditbedürftigen eine Zinsbeschränkung vortheilhafter erscheinen, als ein Zinsverbot, wenn sie gehörig gewahrt, und namentlich statt einer bloßen Strafe des Gläubigers Unwirksamkeit einer die gesetzten Schranken übersteigenden Zinsverpflichtung ausgesprochen wurde. Diese vollkommenere Wirkung hat nun das Zinsmaximum, das in den Schriften der Juristen und in den Gesetzen der dritten und vierten Periode anerkannt wird. Diese maximae oder legitimae usurae sind die centesimae (Note e). [u]) Sie beruhen wahrscheinlich nicht auf einem Gesetz, [v]) sondern auf den magistratischen Edicten, wie es für die Provinzen wenigstens ausdrücklich bezeugt ist. [w]) Eine Ausnahme wurde gemacht, wenn es sich nicht bloß um ein Aequivalent für die Benutzung, sondern zugleich für eine von dem Gläubiger übernommene Gefahr, namentlich der Uebermachung über See (pecunia traiecticia) handelte; hier wurde die Höhe der Zinsen (fenus nauticum) für die Dauer der Gefahr ohne gesetzliche Schranke ganz der Uebereinkunft der Parteien anheim gegeben. [x])

Justinian hat den regelmäßigen Zinsfuß auf die Hälfte (semisses usurae) herabgesetzt; die centesimae sollen nur ausnahmsweise, wie namentlich bei der pecunia traiecticia erlaubt sein; außerdem werden noch in gewissen Fällen zwei Drittheile der centesimae (besses usurae), in einigen dagegen nur ein Drittheil (trientes usurae) gestattet. [y]) Auf der andern Seite war in der vierten Periode eine kleine Erhöhung des Zinsmaßes durch den Umstand herbeigeführt worden, daß man, um es den üblichen Münzen bequemer anzupassen, als centesimae usurae drei siliquae (Vierundzwanzigtheile) vom solidus zuließ, also $12\frac{1}{2}$ Procent statt 12, wodurch sich mithin die semisses von 6 auf $6\frac{1}{4}$, die trientes von 4 auf $4\frac{1}{6}$ Procent ꝛc. stellten. [z])

Die Zinsen können eine den Schuldner beschwerende Höhe nicht bloß durch ihr Maß, sondern auch durch ihre Dauer erreichen; wenn sie lange rückständig bleiben, so können auch an sich mäßige Zinsen die Schuld, zu der sie hinzutreten, auf eine Weise anschwellen, daß der Schuldner, der die zeitige Abtragung versäumt hat, dadurch in große Noth geräth. Vor allem ist dieß mög-

---

t) Ascon. argum. in Cornel. Cic. ad Att. V 21 VI 2.

u) Paul. sent. II 14, 2. 4 L. 1. 2 C. Th. de usur. (2, 33).

v) Daß frühere Gelehrte zuweilen die Lex Gabinia (Note s) dafür anführten, beruht lediglich auf einem Mißverständniß der dieses Gesetz erwähnenden Stellen, vgl. Savigny über den Zinswucher des M. Brutus, Abhandl. d. berl. Acad. 1818. 1819 hist. phil. Cl. S. 179 ff.

w) Cic. ad Att. V 21 VI 1. 2. 3. Unter August war es des Geldüberflusses wegen schwer, seine Capitalien (mit Sicherheit wenigstens) höher als zu vier Procent anzubringen Dio Cass. LI 11.

x) Paul. sent. II 14, 3.

y) L. 26 § 1 C. de usur. (4, 32).

z) So wird gerechnet in der westgothischen Interpretatio zu L. 2 C. Th. de usur. (2, 33) ferner in Nov. 32 c. 1 Nov. 34 c. 1.

lich, wenn die rückständigen Zinsen sofort selbst wieder zinstragend gemacht werden (anatocismus), indem nach verstrichenem Zinstermin die folgenden Zinsen von dem Capital und von jenen fällig gewordenen Zinsen berechnet werden. Dieser Anatocismus war noch zu Cicero's Zeit vollkommen zulässig, nur wurde es für billig gehalten, und in den magistratischen Edicten bestimmt, daß nicht für die Zinsen eines jeden Monats, sondern nach Ablauf eines ganzen Jahres für die darin rückständig gebliebenen Zinsen eine Verzinsung, also die Hinzurechnung derselben zu dem verzinslichen Capital begann; dieß nannte man anatocismus anniversarius.[aa]) Später wurde der Anatocismus (usurae usurarum) überhaupt verboten,[bb]) ein Verbot, welches Justinian dadurch verschärft hat, daß nicht einmal durch eine Novation die rückständigen Zinsen zinsfähig werden sollen.[cc]) Ehe der Anatocismus verboten worden war, hatte man ihn vielleicht schon durch den Grundsatz ermäßigt, daß das alterum tantum des ursprünglichen Capitals in jedem Fall die Grenze bilden müsse, über die hinaus der Zinsbetrag nicht getrieben werden dürfe; dieses Verbot der usurae ultra duplum wurde auch nach dem Verbot des Anatocismus beibehalten,[dd]) aber hier genauer dahin bestimmt, daß es nur auf die rückständig gebliebenen Zinsen sich beziehe, welche daher nicht über den Betrag des Capitals anwachsen können.[ee]) Justinian ging weiter, auch die gezahlten Zinsen sollten in das Duplum eingerechnet, also überhaupt von einem Schuldner nie mehr Zinsen bezahlt werden, als das Capital beträgt;[ff]) dieser Rechtssatz, wodurch die Wirkung der Zinsgeschäfte auf eine gewisse Dauer eingeschränkt wird, hat sich im Occident nicht erhalten.

Subjecte der Obligatio.

CCLXII. Die Subjecte der Obligatio sind der Gläubiger und der Schuldner. Die Obligatio ist ein Recht gegen die Person des Schuldners, nicht ein Recht an seiner Person. Nicht bloß der Gläubiger, der Berechtigte, ist das Subject des Rechtsverhältnisses, sondern auch der Verpflichtete, eben weil nicht er, sondern seine Leistung Gegenstand der Forderung ist. Daher muß nicht bloß der Gläubiger, es muß auch der Schuldner rechtsfähig sein, wenn eine Obligatio bestehen soll.

Dieser Umstand schließt nicht die Freien, die einer Gewalt unterworfen sind (§ 219), aber die Sclaven von der Möglichkeit, Schuldner zu sein, aus. Indessen konnte diese Consequenz nicht streng festgehalten werden in einem Staat mit einer unermeßlichen Sclavenbevölkerung, die factisch mit der freien gemischt war, und in einem großen Maßstab auch zur Führung des rechtlichen

---

aa) Cic. ad Att. V 21, 11: cum ego in edicto tralaticio centesimas me observaturum haberem cum anatocismo anniversario —. [ib.: praesertim cum senatus consultum modo factum sit — ut centesimae perpetuo fenore (ohne Unterbrechung durch den jährlichen Anatocismus) ducerentur. R.]

bb) L. 26 § 1 D. de cond. indeb. (12, 6) L. 27 D. de re iud. (42, 1).

cc) L. 28 C. de usur. (4, 32) L. 3 C. de us. rei iud. (7, 54).

dd) L. 26 § 1 D. de cond. indeb. (12, 6). Das in stipulatum deduci, welches in der Stelle dem exigi gleichgestellt wird, bedeutet eine Novation, wodurch Capital und rückständige Zinsen in ein neues Capital verwandelt werden. Die neue Schuld begreift nur die Zinsen, die wirklich hätten gefordert werden können.

ee) L. 10 C. de usur. (4, 32). Vgl. über diesen Gegenstand W. Sell Jahrbücher für hist. und dogm. Bearb. d. R. R. I 2.

ff) L. 29. 30 C. eod. Nov. 121 c. 2 Nov. 138. 160.

Verkehrs gebraucht wurde. Vor allem wurde eine Verpflichtung der Sclaven aus Delicten derselben angenommen, mit einer Klage theils gegen die Herren theils gegen die Thäter, selbst nach ihrer Befreiung aus der Sclaverei (§ 212 Note s). Aus ihren Geschäften wird unter gewissen Voraussetzungen der Herr verpflichtet (§ 266), schon darin liegt auch eine Verpflichtung ihrer selbst, als Grundlage jener Haftung des Herrn, nur daß von einer gerichtlichen Geltendmachung gegen sie selbst während der Sclaverei nicht die Rede sein kann; durch die Freilassung des Sclaven erhält der, welcher mit ihm in Geschäftsverhältnissen stand, zwar keine Klage gegen ihn, dennoch aber kann er sich sonst gegen ihn darauf berufen, daß er ihm verpflichtet ist: der ehemalige Sclave ist ihm naturaliter obligirt.[a])

Aber der Sclave gilt auch als naturalis creditor, wenn er vermöge der ihm vom Herrn gestatteten Verwaltung eines Peculiums einen berechtigenden Contract abgeschlossen hat.[b]) Dieses Verhältniß wird wirksam zu Gunsten des Schuldners, indem dieser mit Wirkung an jenen zahlen kann, vor und nach der Freilassung, sofern er in der Meinung steht, dem Freigelassenen sei sein Peculium gelassen worden,[c]) zu Gunsten des Sclaven selbst, wenn ihm sein Peculium bei der Freilassung mitgegeben wird,[d]) und wenn der Herr selbst der Schuldner war und nach der Freilassung zahlt.[e])

Schon die reine Stellung des Schuldners setzt Rechtsfähigkeit voraus, um so mehr, wenn sich mit der Verbindlichkeit zugleich eine Forderung verknüpft. Diese Verknüpfung ist bei vielen Obligationen möglich, bei manchen sogar wesentlich.

Es giebt Obligationen, die entweder ihrem natürlichen Inhalt, oder der ihnen gegebenen juristischen Form nach so einfach sind, daß sie das eine Subject zum Gläubiger, das andere zum Schuldner machen, ohne daß für jenen auch eine Pflicht, für diesen ein Recht aus der Obligatio abgeleitet werden kann. Wir nennen sie streng einseitige Obligationen. Solche sind die Delictsobligationen; die unerlaubte Handlung macht den Thäter zum Verpflichteten, auf Ersatz des Schadens oder auf Strafe; es ist unmöglich, daß sie ihm zugleich einen Anspruch gegen den Verletzten gebe, und eben so ist dieser rein berechtigt, nicht auch verpflichtet. Aber auch von den Obligationen, die sich auf Rechtsgeschäfte gründen, gehören nicht wenige dahin. So ist die Obligatio aus dem Darlehen eine streng einseitige, das Geschäft enthält von vornherein nur eine Verpflichtung des Darlehenempfängers, und wenn es auch seinem Inhalt nach möglich wäre, daß auch dieser Schuldner als berechtigt erschiene, weil er z. B. durch ein rechtswidriges Verfahren des Darleihers bei dem Geschäft zu Schaden gekommen ist, so wird die Aufnahme eines solchen Gegenanspruchs in die Darlehensobligatio doch dadurch verhindert, daß diese einer strengen Beschränkung auf ihren ursprünglichen und in der sie begründenden Handlung (dem Geben der Summe) ausgedrückten Inhalt unterliegt. Eben so die Obligatio, die durch eine Stipulation begründet wird; sie macht den zum Schuldner, der auf die Frage des Andern ein Versprechen gegeben hat. Sollte er auch eine Forderung erhalten, so müßte dieß durch ein gleichmäßiges Versprechen des Andern geschehen, also durch eine zweite Stipulation, die und deren Inhalt nicht

---

a) L. 14 D. de O. et A. (44, 7).
b) L. 14 cit. *c*) L. 32 D. de solut. (46, 3).
d) L. 3 D. de manum. quae servis ad univ. (40, 3).
e) L. 64 D. de cond. ind. (12, 6).

ein Bestandtheil der ersten und der dadurch begründeten Obligatio wäre. Es wären zwei Stipulationen, jede streng einseitig, nicht Eine Obligatio mit einem gegenseitigen Inhalt.

Eine Anzahl von Obligationen hat mit den eben erwähnten das gemein, daß das Geschäft, worauf sie sich gründen, zunächst und ausdrücklich nur eines der beiden Subjecte als Schuldner darstellt, die Obligatio also ihrem wesentlichen und von vornherein ausgesprochenen Inhalt nach sich als einseitige giebt, Obligationen aber, in die durch eine freiere, über den wörtlichen Inhalt hinausgehende Behandlung, und durch den Umstand, daß Forderung und Verbindlichkeit nach Redlichkeit und gerechter Gesinnung, auf die jede Partei bei der andern vertraut, beurtheilt werden sollen, die Möglichkeit einer Berechtigung des Schuldners hineingetragen wird. So wird der, welcher eine Sache zu einem gewissen Gebrauch erhält, in Verwahrung übernimmt, als Pfand überkommt, zur Rückgabe verpflichtet, aber die Gebote der Redlichkeit und Treue, nach denen seine Verbindlichkeit bemessen wird, schließen selbst den Charakter der Gegenseitigkeit in sich, sie fordern, daß wir auch zu seinen Gunsten über den wörtlichen Inhalt des Geschäfts hinausgehen. Die Gegenforderungen, die hiernach der Schuldner aus dem obligatorischen Verhältniß haben kann, macht er entweder mit einer Einrede gegen die Klage des Gläubigers oder mit der Gegenklage, actio contraria, geltend, welcher gegenüber die Klage dessen, der in einer solchen Obligatio zunächst als Gläubiger steht, directa heißt. Solche Obligationen nennen wir daher einseitige Obligationen mit actiones contrariae.

Einige Obligationen aber enthalten von vornherein eine wesentliche Gegenseitigkeit, so daß jedes Subject derselben wesentlich Gläubiger und Schuldner ist, und mehrere einander gegenüber stehende Forderungen zu einer Obligatio verbunden sind. Dieß sind die gegenseitigen Obligationen. Eine solche ist z. B. die aus dem Kaufcontract, die aus der Gemeinschaft eines Rechts; Verkäufer und Käufer sind zugleich berechtigt und verpflichtet, und sie können das eine nicht ohne das andere werden. Jedes Subject hat seine besondere Klage, und zwar jedes eine directa actio, nicht eine bloße Gegenklage. Und wer eine Forderung aus einer solchen Obligatio geltend macht, bekennt damit zugleich, daß er auch eine Verbindlichkeit durch dieselbe contrahirt habe. Da in der Regel keiner verlangen kann, daß der Andere mit der Erfüllung den Anfang macht, so setzt er sich, wenn er klagt, ohne seinerseits der Obligatio Genüge gethan zu haben, der exceptio doli (Einrede des nicht erfüllten Contracts) aus, durch die der Beklagte sich gegen jene Zumuthung schützt. [f]

CCLXIII. Zu einer Obligatio können mehrere Gläubiger, mehrere Schuldner verbunden werden. Aber diese Mehrheit von Subjecten ist zuweilen nur eine scheinbare, indem ihr in Wahrheit eine Mehrheit von Obligationen zu Grunde liegt, von denen jede nur einen Gläubiger oder einen Schuldner hat. Der Schein einer einzigen Obligatio mit einer Mehrheit von Subjecten entsteht hier durch eine gewisse Verbindung, in welcher jene Obligationen mit einander stehen.

---

f) L. 13 § 8 D. de A. E. V. (19, 1): Offerri pretium ab emtore debet, cum ex emto agitur, et ideo et si pretii partem offerat, nondum est ex emto actio. Venditor enim quasi pignus retinere potest eam rem quam vendidit. L. 25 eod. Gai. IV 126. Vgl. Bd. I § 170 Note t.

Dahin gehört der Fall, wenn Mehrere zusammen etwas theilbares sich versprechen lassen oder versprechen, so daß jeder zu einem Theil Gläubiger oder Schuldner werden soll. Eben so wenn der Gläubiger oder Schuldner stirbt und mehrere Erben hinterläßt, wodurch die Obligatio (Forderung oder Verbindlichkeit) unter sie getheilt wird. Hier ist nur die Entstehung der Punkt, in welchem die Obligationen zusammentreffen und der sie äußerlich als eine erscheinen läßt, während es in der That mehrere von einander ganz unabhängige sind.

Ein zweiter Fall ist, wenn Mehrere zusammen obligiren oder obligirt werden, so daß jeder das Ganze fordert oder zu leisten hat, das aber mehrmals, nach der Zahl der berechtigten oder verpflichteten Personen, geleistet werden muß. So wenn mehrere zusammen ein Delict begehen, so trifft jeden die Strafe, wie wenn er der einzige Urheber desselben wäre, ohne daß einer durch die Leistung des Andern befreit würde,[a] und wenn umgekehrt in der Handlung einer Person Delicte gegen mehrere Personen enthalten wären, so hat jeder Verletzte aus dem gegen ihn begangenen Delict seine Ansprüche gegen den Thäter unabhängig von dem gleichzeitig auch gegen einen Andern begangenen Delict.[b] Auch hier bestehen mehrere, unabhängige Obligationen, die nur durch ihre Entstehung in einem äußeren Zusammenhang mit einander stehen.

Ein dritter Fall hat mit den beiden ersten das gemein, daß ebenfalls mehrere Obligationen bestehen, er unterscheidet sich aber von ihnen dadurch, daß diese Obligationen in einem Punkt von einander abhängig sind, und somit in einer wesentlicheren Verbindung als dort mit einander stehen. Dieß geschieht, wenn der Gegenstand das verbindende Moment ist. Diese Bewandtniß hat es z. B. mit der Verpflichtung mehrerer Miturheber eines Delicts zum Schadenersatz,[c] ferner bei der ungetheilten Uebernahme einer Geschäftsführung durch Mehrere, von denen jeder so vollständig haftet, wie wenn er der einzige Berufene wäre.[d] Es sind so viele Obligationen als verpflichtete Personen, aber alle haben denselben Gegenstand, z. B. Ersatz eines verursachten Schadens; daher haftet jeder dieser Schuldner auf das Ganze, in solidum (im Gegensatz zur Verpflichtung pro parte in dem oben erwähnten ersten Fall), die Leistung indessen geschieht nur einmal, die Leistung eines von ihnen befreit auch die andern Schuldner, da sie den Gegenstand ihrer Verpflichtung hinwegnimmt. Man nennt eine solche Verpflichtung Mehrerer eine solidarische; eben so ist auch eine solidarische Berechtigung möglich,[e] wobei jeder Gläubiger von dem Schuldner das Ganze fordern kann, dieser aber, da er es nur einmal zu leisten hat, durch die Leistung an den Einen auch von der Forderung des Andern befreit wird.

Eine wahre Mehrheit von Subjecten existirt nur da, wo es ungeachtet der Mehrheit von Gläubigern oder Schuldnern doch nur Eine Obligatio ist, in der

---

a) L. 11 § 2 D. ad l. aquil. (9, 2): — — ex lege aquilia quod alius praestitit, alium non relevat, cum sit poena.

b) L. 1 § 9 L. 18 § 2 D. de iniur. (47, 10): — — quod sua cuiusque iniuria propriam aestimationem haberet —.

c) L. 1 § 4 D. de eo per quem factum erit (2, 10) vgl. mit L. 3 pr. eod. L. 1 C. de cond. furt. (4, 8).

d) L. 60 § 2 D. mand. (17, 1) L. 38 D. de adm. tut. (26, 7).

e) L. 1 § 44 L. 17 pr. D. depos. (16, 3).

sie stehen, als plures rei eiusdem obligationis.[f]) Der Ausdruck correus, welcher wohl zur Bezeichnung eines Subjects im Verhältniß zu dem andern vorkommt,[g]) hat Veranlassung gegeben, eine solche Obligation Correalobligation zu nennen, Activcorrealobligation bei einer Mehrheit von Gläubigern, Passivcorrealobligation bei einer Mehrheit von Schuldnern.

Die Correalobligation steht in naher Verwandtschaft mit dem vorhin beschriebenen dritten Fall einer scheinbaren Mehrheit von Gläubigern oder Schuldnern. Sie schließt nämlich ebenfalls eine solidarische Berechtigung oder Verpflichtung in sich; es ist auch hier eine Einheit des Gegenstands, zu dem Mehrere in solidum berechtigt oder verpflichtet sind, so daß er nur einmal zu leisten ist, und die einmalige Leistung die Forderung oder Verbindlichkeit der übrigen Subjecte beseitigt. Aber bei der Correalobligation kommt noch hinzu die Einheit der Obligatio, die bei jenen andern solidarischen Obligationen nicht existirt. Aus dieser Einheit folgt nothwendig jene Einheit des Gegenstands, die bei den übrigen solidarischen Schuldverhältnissen einen äußerlichen Charakter hat, da der Mehrheit von Obligationen vielmehr eine Mehrheit der Gegenstände entsprechen würde.

Die Einheit der Obligatio, als das unterscheidende Merkmal der Correalobligation, hat außer dem, was schon aus der Einheit des Gegenstands folgt, noch besondere Folgen, die eben darum nicht bei den übrigen solidarischen Obligationen eintreten. Sie lassen sich unter folgendes Princip zusammenfassen: jeder Gläubiger, jeder Schuldner ist dieses so vollkommen, wie wenn er der einzige wäre, jeder kann mit der Obligatio, zu ihrer Aufhebung oder Modification, vornehmen, was sonst ein einziger, und er wirkt dadurch auf die ganze Obligatio auch für seinen correus.

Die Einheit des Gegenstands, überhaupt des Inhalts der Forderung ist zugleich ein wesentliches Erforderniß der Correalobligation; eine in sich ungleiche Obligatio kann nicht Eine sein.[h]) Dieß schließt nicht jede Verschiedenheit der Verpflichtung aus, nur daß dadurch nicht die Leistung eine andere werde; so kann die Forderung oder Leistung des Einen durch eine Zahlungsfrist hinausgeschoben, ja sie kann von einer Bedingung abhängig gemacht sein, während die des Andern von einer solchen Beschränkung frei ist.[i]) Nur darf es nicht eine Bedingung sein, die den Gegenstand der Forderung selbst verändert, wie es der Fall wäre, wenn der Eine sich unter der Bedingung verpflichtete, daß der Andere nicht zur Zahlung vermocht werden könnte; diese Bedingung verpflichtet ihn zu dem, was von dem Andern nicht erlangt werden kann, also nicht schlechthin zu demselben Gegenstand, zu dem der Andere verpflichtet ist, sie schließt mithin das Dasein einer Correalobligation aus.[k])

Aber nicht jede Berechtigung oder Verpflichtung Mehrerer zu demselben Gegenstand begründet eine wahre Correalobligation, denn auch mit einer Mehrheit von Obligationen verträgt sich, wie oben gezeigt worden, das solidarische Verhältniß. Die Correalobligation setzt zu ihrer Entstehung ein Rechtsgeschäft voraus, wodurch Mehrere, gleichzeitig oder successiv, mit dieser Absicht zu Subjecten einer und derselben Obligatio gemacht werden.[l]) Das Rechtsge-

---

f) L. 116 D. de V. O. (45, 1) L. 16 pr. D. de acceptil. (46, 4).
g) L. 3 § 3 D. de lib. leg. (34, 3).
h) L. 9 § 1. 2 L. 15 D. de duob. reis (45, 2).
i) L. 7 eod. *k*) L. 116 D. de V. O. (45, 1).
l) L. 3 pr. 6 § 3 D. de duob. reis (45, 2).

schäft kann ein Testament sein (wenn der Testator mehreren Erben solidarisch ein Vermächtniß auflegt: Titius aut Mevius Sempronio decem dato), oder ein Vertrag. Der Vertrag ist am gewöhnlichsten eine Stipulation,[m]) aber auch die andern Vertragsformen sind an sich geeignet, eine Correalobligation hervorzubringen.[n])

Die Verbindung mehrerer Subjecte kann von doppelter Art sein, eine gleichmäßige oder eine solche, die ein Accessionsverhältniß in sich schließt. Beides ist sowohl bei der scheinbaren, als bei der wahren Mehrheit von Subjecten, also bei der Correalobligation möglich. Das Accessionsverhältniß besteht darin, daß zu dem principalis creditor oder debitor noch eine accessio, ein Nebengläubiger oder Nebenschuldner hinzukommt. Meistens hat der Hinzutritt accessorischer Subjecte die Sicherung der Obligatio zum Zweck, und da eine Sicherung vornehmlich gegen die auf Seiten des Schuldners liegenden Hindernisse der Realisirung einer Forderung Bedürfniß ist, so ist der häufigste Fall einer accessio die eines Nebenschuldners. Ein Rechtsgeschäft, wodurch eine Verbindlichkeit als Nebenschuldner übernommen wird, um dem Gläubiger in der Haftung dieser Accessio neben dem Hauptschuldner eine Sicherheit für den Fall zu gewähren, daß der Letztere seiner Verbindlichkeit nicht nachkommen wird, heißt Verbürgung, der Nebenschuldner Bürge.

CCLXIV. Eine accessorische Berechtigung oder Verpflichtung kann vor allem durch Stipulation hervorgebracht werden, indem sich jemand versprechen läßt, was schon ein Anderer zu fordern hat, oder verspricht, was schon ein Anderer schuldet, ohne daß dadurch die Forderung oder Verbindlichkeit dieses Andern aufgehoben werden soll. Durch eine solche Stipulation wird nicht eine neue, von der bestehenden verschiedene Obligatio geschaffen, es wird nur ein neues Subject hinzugefügt, also eine Correalobligation hervorgebracht,[a]) nur mit der Eigenthümlichkeit, daß von den Subjecten einer der principalis creditor oder debitor, der andere die accessio ist.[b]) Eine allgemeine Folge

---

m) pr. I. de duob. reis (3, 16).

n) L. 9 pr. D. de duob. reis (45, 2) L. (1) C. eod. (8, 39). [Die sorgfältigere Unterscheidung der eigentlichen Correalobligation von der bloß solidarischen und untheilbaren ist zuerst durchgeführt von Ribbentrop, zur Lehre von den Correalobligationen. 1831. Daß nur die einheitliche Correalobligation durch die Litiscontestation für alle Betheiligte consumirt wird, während diese Wirkung in den Solidarverhältnissen auf die einzelne Obligation beschränkt bleibt, dieser Gedanke Keller's (Litiscontestation 1827 § 49) hat hier zuerst seine consequente Ausbildung erhalten. Allein der Grund der objectiven Einheit bleibt unerklärt (Ribbentrop § 16 S. 106) und dieser Umstand hat eine überfließende Literatur hervorgerufen, in welcher sogar die Einheit selbst, als unlogisch gleich dem dominium und der possessio plurium in solidum, theilweise bestritten worden ist. (Uebersichten bei Windscheid in der Münchener krit. Ueberschau Bd. IV S. 209 f., Stintzing in der Münchener krit. Vierteljahrsschrift S. 510 f., Dworzak in Haimerl's österr. Vierteljahrsschrift IV 2). Die Lösung der Schwierigkeit liegt in dem praktischen Bedürfniß einer sichern und bequemen Rechtsverfolgung (Savigny Obl.-Recht I § 22) gegenüber der Unmöglichkeit, dieses Bedürfniß durch gegenseitige Stellvertretung zu befriedigen (L. 123 pr. D. de R. I. 50, 17 Gai. 4, 82). Beides zusammengenommen führte zunächst in den Stipulationen, dem dringendsten Fall, zu Rechtsfiguren, welche ein agere suo nomine möglich machten. Diese sind in den accessorischen Stipulationen die sponsio und adstipulatio, in den gleichmäßigen und selbständigen die active und passive Correalobligation, die sich von diesem Ausgangspunkt aus entwickelt haben. R.]

a) L. 1 § 8 D. de O. et A. (44, 7): — qui eadem obligatione teneantur —. So kann umgekehrt eine Correalobligation mit an sich gleichmäßiger Verbindung der Subjecte als eine Verbürgung eines jeden für den andern aufgefaßt werden L. 11 pr. D. de duob. reis (45, 2).

b) Gai. III 126.

dieser Eigenthümlichkeit ist, daß die Ungültigkeit der principalis obligatio auch die der accessio nach sich zieht,[c]) ausgenommen, wenn die erstere bloß deswegen unwirksam ist, weil sie auf die Zeit nach dem Tod des principalis creditor oder debitor gestellt wurde.[d]) Ferner die accessorische Obligatio kann weniger, aber nicht mehr enthalten, als die principale, die accessio kann nicht auf eine größere Summe, nicht auf eine frühere Zeit, auf einen andern Ort, nicht ohne die Bedingung, welche der Hauptobligatio gesetzt ist, berechtigt oder verpflichtet werden.[e])

Eine accessorische Berechtigung durch Stipulation ist die des adstipulator.[f]) Der Gläubiger konnte das, was er stipulirt hatte, von einem Andern ebenfalls stipuliren lassen, diesen also durch diese Adstipulation Nebengläubiger werden lassen, damit dieser die Forderung geltend machen, und ihm das Empfangene herausgeben möchte, wenn er selbst etwa verhindert sein sollte, die Forderung auszuüben. Dieses Rechtsgeschäft ist vielleicht ursprünglich durch die Beschränkung der Repräsentation im Proceß (Bd. I § 156) hervorgerufen worden, da der Adstipulator, der ja selbst Gläubiger war, gegen den Schuldner klagen konnte, wo er als bloßer Bevollmächtigter des Stipulators nicht zugelassen worden wäre. Wo ein Auftrag zur Klage nicht zugelassen wurde, da konnte doch einem Auftrag zur accessorischen Stipulation, wodurch der Beauftragte die Forderung selbst erwarb, kein Hinderniß entgegengestellt werden.[g]) Zu Gaius Zeit aber wurde die Adstipulatio fast allein dann gebraucht, wenn der Schuldner dem Hauptgläubiger nach dessen Tod zu leisten versprach; aus dieser stipulatio post mortem entstand für den Stipulator und seine Erben keine Forderung, der Adstipulator aber, dem nach dem Tod des Stipulators versprochen war, konnte nach dem Eintritt dieses Ereignisses die Schuld einklagen.[h]) Darin liegt zugleich der Grund, warum die Adstipulatio im justinianischen Recht nicht mehr erwähnt wird; die stipulatio post mortem war von Justinian für gültig erklärt worden,[i]) und damit jene Veranlassung weggefallen.

Der Adstipulator ist vollkommen Gläubiger dem Schuldner gegenüber, aber er hat von dem Gebrauch seines Rechts dem Stipulator, auf dessen Auftrag er adstipulirt hat, und dessen Erben Rechenschaft zu geben. Die actio mandati findet gegen ihn Statt, auf Herausgabe dessen, was er [erhalten], und auf Ersatz dessen, was er durch seine Schuld nicht erhalten hat.[k]) Hat er den Schuldner durch eine positive Handlung der Schuld entlassen, so ist er der actio

---

c) Nach der Regel: cum principalis causa non consistat, plerumque ne ea quidem, quae sequuntur, locum habent L. 177 D. de R. I. (50, 17). So z. B. L. 16 § 3. 4 D. de fideiuss. (46, 1) Gai. III 119.

d) Gai. III 100 vgl. 117. 119.

e) Gai. III 113. 126: — nec plus in accessione esse potest, quam in principali re. L. 8 § 7—11 L. 9. 16 § 1. 2. 5 D. de fideiuss. (46, 1).

f) Gai. III 110—114.

g) Cicero (pro Quinct. 18) erwähnt den adstipulator beim Vadimonium. Aus einer solchen Anwendung scheint sich auch das Beispiel herzuschreiben, welches Gaius (III 112) für die Möglichkeit des Gebrauchs anderer Worte bei der Adstipulation giebt: einen Sponsor des Stipulators könne der Adstipulator auch so verpflichten: idem fide tua promittis, oder idem fide iubes? [Vgl. Bd. I § 156 c].

h) Gai. III 117.

i) L. un. C. ut actiones ab hered. (4, 11). [Vgl. v. Scheurl Beitr. (1852) Nr. 3].

k) Gai. III 117. Die Unwirksamkeit eines erst nach dem Tod des Mandanten zu vollziehenden Auftrags (Gai. III 158) stand nicht entgegen, da der obige Auftrag schon durch die Adstipulation selbst vollzogen ist.

legis aquiliae (§ 277) unterworfen, die im Fall des Leugnens auf das Doppelte geht.[l]) Die Ableitung des Rechts des Adstipulators aus einem Auftrag bewirkt, daß es mit dem Tod des Adstipulators untergeht, daß ferner der in fremder Gewalt stehende Adstipulator die Forderung nicht dem Gewalthaber erwirbt, so wenig als dieser aus einem an jenen gegebenen Mandat Procurator wird. Die Adstipulation eines Sclaven ist ganz unwirksam, die eines Freien in fremder Gewalt tritt dadurch in Wirksamkeit, daß er ohne Capitis Deminutio gewaltfrei wird.

Adpromissores heißen die, welche eine fremde Obligatio als accessorische Schuldner durch Stipulation übernehmen.[m]) Der Adpromissor wird zu derselben Leistung, die dem Hauptschuldner obliegt, verpflichtet, entweder durch die Formel idem dare spondes? oder idem fidepromittis? oder id fide tua esse iubes? Im ersten Fall heißt er sponsor, im zweiten fidepromissor, im dritten fideiussor.[n]) Die letzte Form der Verbürgung ist überall möglich, wo nur eine Hauptobligation existirt, mag sie beruhen auf welchem obligatorischen Grund sie wolle, und welcher Grad von Wirksamkeit ihr zukommen möge, wenn sie nur nicht eine gänzlich nichtige und unwirksame ist.[o]) Die beiden ersten Formen aber setzen voraus, daß der Hauptschuldner selbst durch verba obligirt sei;[p]) ist also seine Promissio als solche unwirksam, so ist es auch die Adpromissio des Sponsor oder Fidepromissor, wenngleich ein anderer hinzutretender Grund der Obligirung des Hauptschuldners dennoch eine Wirksamkeit verschaffen sollte. Nur in zwei Fällen, die nach diesem Princip entschieden werden müßten, ist eine Ausnahme gemacht: wenn der Hauptschuldner post mortem (s. oben), und wenn ein Pupill ohne auctoritas tutoris promittirt hat.[q]) Auch in Beziehung auf die Wirkungen der Bürgschaft ist ein erheblicher Unterschied zwischen der Sponsio und Fidepromissio auf der einen, und der Fidejussio auf der andern Seite,[r]) darum entstand die Frage, wie eine Adpromissio mit den Formeln: idem dabis? idem promittis? idem facies? zu beurtheilen sei, eine Frage, die Gaius (III 116) aufwirft, ohne sie zu beantworten. Sie war wohl dahin zu entscheiden, daß solche Adpromissoren einen Promissor voraussetzten, also für eine auf anderem Grund beruhende Obligatio unwirksam, und in dieser Beziehung mithin den Sponsoren und Fidepromissoren gleichzustellen waren, daß man aber die besonderen Vorrechte dieser Bürgen, eben weil sie nur den wahren Sponsoren und Fidepromissoren gegeben sind, für jene nicht in Anspruch nehmen konnte.

Die Haftung der Sponsoren und Fidepromissoren ist nur eine zeitige, sie

---

l) Gai. III 215. 216. Auch diese besondere Berücksichtigung der Adstipulation in der Lex Aquilia deutet darauf hin, daß ihr Gebrauch und Zweck einst ein viel wichtigerer und umfassenderer war, als der von Gaius für seine Zeit angegebene. [Vgl. § 277 z.]

m) L. 5 § 2 D. de V. O. (45, 1) L. 43 D. de solut. (46, 3) L. 64 § 4 D. sol. matr. (24, 3) Paul. Diac. ex Festo v. adprommissor.

n) Gai. III 115. 116. Paul. sent. I 9, 5.

o) L. 1 D. de fideiuss. (46, 1). Auch für eine künftige Obligatio ist die Fidejussio möglich L. 6 § 2 eod.

p) Bei dem Sponsor mußte er wohl insonderheit selbst durch eine auf spondes, spondeo gefaßte Stipulation obligirt sein, bei der Fidepromission war die Formel der Hauptstipulation gleichgültig.

q) Gai. III 119. [Eben so wenn eine Frauensperson ohne Tutor promittirt hatte (Gai. III 109), abgesehen natürlich von dem Fall einer Intercession L. 6. 7 D. ad S. C. Vell. (16, 1). Huschke hat daher die Worte aut mulier sogar in den Text aufgenommen. R.]

r) Gai. III 120—123.

ist vor allem eingeschränkt auf die Lebenszeit des Bürgen, nach der Lex Furia aber überhaupt auf zwei Jahre. Nach der Lex Apuleia sollen mehrere Bürgen dieser Art unter sich wie socii behandelt werden; hat einer die ganze Schuld bezahlt, so kann er von den übrigen die sie treffenden Antheile fordern. Dieses beneficium legis apuleiae hat die Lex Furia für Italien außer Anwendung gesetzt, indem sie die solidarische Haftung mehrerer Sponsores und Fidepromissores aufhebt, und jeden einzelnen auch gegenüber dem Gläubiger nur auf den ihn nach der Zahl der Mitbürgen treffenden Theil verpflichtet; jenes Gesetz blieb von da an nur noch außerhalb Italien wirksam. Außerdem hat ein Gesetz dem Gläubiger noch die Pflicht auferlegt, dem sponsor oder fidepromissor, den er annimmt, zum Voraus kund zu thun, für welche Schuld die Bürgschaft geleistet worden, und wie viele Mitbürgen er haben soll. Die Versäumniß dieser Prädiction macht die Bürgen frei, wenn sie innerhalb dreißig Tagen auf ein Präjudicium über diese Thatsache antragen, und darin einen Richterspruch, daß jene Vorschrift nicht beobachtet worden sei, erlangen.[s])

Für die Fidejussoren ist es hinsichtlich aller dieser Punkte (von Dauer der Verpflichtung, der solidarischen Haftung, des Verhältnisses zu Mitbürgen ꝛc.) bei dem regelmäßigen Recht geblieben. Doch ist mehreren Fidejussoren auf indirectem Wege eine Hülfe gegeben worden, deren Erfolg dem gesetzlichen der Apuleia und Furia unter Umständen gleichkommen kann. Wenn einer von ihnen auf das Ganze angegangen wird, so kann er sich vor der Zahlung die Klage, die eben so auch gegen seine Mitbürgen zulässig ist, cediren lassen, so daß dann seine Zahlung wie ein Kauf der Forderung behandelt wird, und er von jenen die sie treffenden Antheile einklagen kann.[t]) Nach einer epistola Hadriani ferner braucht er, die Solvenz der übrigen vorausgesetzt, nicht einmal das Ganze zu bezahlen. Er kann eine Theilung verlangen, und mit Zahlung seines Theils den Gläubiger wegen des Ueberschusses an die übrigen Bürgen verweisen.[u]) Diese exceptio divisionis ist auch den Sponsoren und Fidepro-

---

s) [Gai. 3, 123. Der Zweck des Gesetzes war nämlich, jedem Mitbürgen eine klare Uebersicht des Maßes seiner Verpflichtung zu verschaffen. Da er nach der Lex Furia nur theilweise haftete, so erreichte man dieß durch bloße Benennung der Summe und der Zahl der Mitverpflichteten. Nur sollte sie öffentlich (palam) geschehen, dieß erklärt Ulpian in L. 33 D. de V. S. (50, 16), die nach der Inscription hierher gehört: coram pluribus. Die lex hieß Cicereia. Nicht hierher gehört Schol. Bob. in orat. in Clod. et Curionem § 4. (Accesserunt ita pauci, ut eum non ad concionem, sed sponsum diceres advocasse). Aere alieno gravatum supra dixerat Clodium. verum hic volens eius perfidiam denotare, ait: non aliter paucos ad rostra venisse quam si convocasset eos, qui pro se sponderent. multos enim fefellerat, cum periculo sponsionis adstringeret. c. 5 (cuius satisdationes semper dicuntur induci). Satisdationes dicit rescindi sententia praetoris . . et hoc in loco significat viros, qui stulte timerent pro Clodio mutuante pecuniam spondere, cum saepenumero experti sint, multos sponsores eius hoc nexu liberatos, cum se circumventos illius fraude docuissent. Der Dolus des Clodius, von welchem der Scholiast berichtet, braucht nicht gerade in den gesetzlich vorgesehenen Formen unterlassener öffentlicher Vorausbestimmung der Schuldsumme und Bürgenzahl bestanden zu haben: eine unrichtige Vermögensübersicht würde eben so wohl genügen, um den Prätor zu einer actio doli zu bestimmen. Umgekehrt ist der formelle Mangel der gesetzlichen Prädiction ohne Dolus denkbar. Endlich ist die Rechtswirkung beider verschieden. Sobald im Präjudicium erkannt ist, daß die gesetzliche Form nicht beachtet worden, werden die Bürgen ipso iure frei (liberantur), d. h. die Bürgschaft wird nichtig. Im Fall des Dolus dagegen tritt nur Rescission durch prätorische Rechtsmittel, in integrum restitutio, actio und exceptio doli ein. Aus allen diesen Gründen scheint es nicht gerechtfertigt, daß man die Nachricht des Scholiasten auf die Lex Cicereia bezogen hat. R.]

t) L. 17. 36. 39 D. de fideiuss. (46, 1).

u) Gai. III 121. 122 L. 26. 27. 51 D. de fideiuss. (46, 1).

missoren in den Theilen des Reichs, worin die Lex Furia nicht gilt, gegeben worden. Eine Beschränkung aller dieser Bürgschaftsformen endlich hat eine Lex Cornelia eingeführt. Niemand soll sich für denselben Schuldner bei demselben Gläubiger in demselben Jahr für eine größere unbedingte Schuld als 20 000 Sesterze verbürgen können.[v]) Das Gesetz läßt einige Ausnahmen zu: für eine versprochene Dos, für eine testamentarische Verbindlichkeit, bei einer vom Richter auferlegten Caution; außerdem mußte man sich bei einer größeren Schuld durch Theilung, und Annahme mehrerer Bürgen je für einzelne Theile derselben helfen.

Gemeinschaftlich allen Formen der Bürgschaft ist der Regreß gegen den Hauptschuldner, wenn der Bürge für ihn gezahlt hat. Dem Bürgen steht deßhalb die actio mandati zu, wenn er mit dem Willen des Hauptschuldners sich verbürgt hat,[w]) er kann aber auch von dem Gläubiger die Cession seiner Klage gegen jenen (wie gegen die etwaigen Mitbürgen) verlangen.[x]) Der sponsor aber hat noch eine Klage aus der Lex Publilia, die actio depensi, die, wenn der Schuldner ihm nicht innerhalb sechs Monaten Ersatz leistet, auf das Doppelte geht.[y])

Im justinianischen Recht ist die Unterscheidung zwischen den verschiedenen Arten von Stipulationsbürgen aufgehoben, alle Bürgen durch Stipulation werden wie fideiussores behandelt.[z]) Die auf jene Unterscheidung sich beziehenden Gesetze: apuleia, furia, publilia sind antiquirt, aber auch das beneficium legis corneliae ist weggefallen. Es werden noch drei beneficia der Bürgen anerkannt: das beneficium cedendarum actionum (der Klagen gegen die Mitbürgen und den Hauptschuldner) — das beneficium divisionis ex epistola D. Hadriani, welches nach und nach auch auf die meisten andern solidarisch Verpflichteten ausgedehnt worden ist — das erst von Justinian eingeführte s. g. beneficium excussionis s. ordinis, wonach der Bürge fordern kann, daß der Gläubiger erst den (solventen und gegenwärtigen oder von den Bürgen herbeizuschaffenden) Hauptschuldner angreife und ausklage.[aa])

CCLXV. Eine Verbürgung, d. h. die Verpflichtung für eine fremde Schuld zur Sicherheit des Gläubigers, läßt sich denken, ohne daß eine Identität der Verbindlichkeit des Schuldners und des Bürgen eintritt, also ohne Correalobligation (§ 263 a. E.). Dieß ist der Fall, wenn die Haftung für die fremde Schuld sich aus einem Mandat ableitet, das der Haftende dem

mandatum qualificatum (S. 363 ff.)

v) Gai. III 124. 125. [Aus § 124 ist die Definition von res credita bei Isidor 5, 25 und pecunia in L. 2 § 1 in fin. C. de const. pec. 4, 18 genommen. Diese Summe war vielleicht auch in der Lex Sulpicia aus demselben Jahr gemeint, nach welcher kein Senator über 2000 Drachmen (20 000 Asse) Schulden haben sollte: Plutarch. Sulla c. 8, der hier Asse und Sesterze verwechselt haben mag. R.]

w) L. 6 § 2 L. 10 § 11—13 L. 11. 12. 18. 29. 38 § 1 D. mand. (17, 1).

x) L. 27 § 5 L. 28 eod. L. 14 C. de fideiuss. (8, 40).

y) Gai. III 127 IV 22 vgl. Bd. I § 157 S. 457 f. § 162 S. 475. [Rudorff Zeitschrift für gesch. Rechtswiss. XIV S. 355—364 und edictum perpetuum (1869) § 74—77 p. 88 sqq.]

z) Inst. III 20.

aa) Nov. 4 cap. 1. Justinian behauptet, schon Papinian habe einen solchen Satz, wenigstens theilweise, aufgestellt. Möglicherweise könnte dieß ein Mißverständniß eines ganz anderen Falls sein, nämlich wo der Bürge nicht die Obligatio des Hauptschuldners übernommen, also sich zum Correalschuldner gemacht hat, sondern sich nur für das ausdrücklich verpflichtet hat, was der Gläubiger von dem Schuldner nicht würde erlangen können (s. g. fideiussor indemnitatis) L. 116 D. de V. O. (45, 1).

Gläubiger gegeben hat, z. B. daß er creditire, oder daß er dem Schuldner Nachsicht gebe; der Mandator haftet wie ein anderer Auftraggeber für den Nachtheil, der dem Mandatar durch den vollzogenen Auftrag zugefügt wird.[a] Das beneficium divisionis ist auch mehreren Mandataren gegeben worden;[b] daß der Gläubiger seine Befriedigung vorher von dem Schuldner zu suchen hat, liegt schon in der Natur dieser Verbürgung (wie bei dem fideiussor indemnitatis § 264 Note aa); das beneficium cedendarum actionum hat bei dem Mandatar weniger Schwierigkeit als bei dem Stipulationsbürgen. Die Litiscontestation mit diesem, als einem Correalschuldner, befreite die übrigen (Mitbürgen und Schuldner) nach vorjustinianischem Recht,[c] der Bürge mußte daher, wenn er die Klage vom Gläubiger gegen Zahlung sich verschaffen wollte, es nicht zum Proceß kommen lassen. Wenn dagegen der Mandatar von dem Gläubiger belangt wird, so wird nicht die Obligatio des Schuldners, sondern eine davon ganz verschiedene in iudicium deducirt, die Klage gegen den Schuldner und andere Bürgen wird dadurch nicht consumirt, der belangte Mandatar kann ihre Cession noch vor und nach dem Urtheil (da auch dieses den Schuldner hier nicht befreit),[d] ja sogar noch nach der Zahlung verlangen, da er mit dieser seine Schuld aus dem Mandat, nicht die des Hauptschuldners getilgt hat.[e] Noch eine Verbürgungsform ist durch den prätorischen Rechtssatz entstanden, daß eine Uebereinkunft klagbar sein soll, wodurch jemand eine bestehende Verbindlichkeit zu erfüllen verspricht (constitutum); diese Verbindlichkeit braucht nicht die eigene des Constituenten, sie kann eine fremde, und das Versprechen daher eine Verbürgung sein.

Alle diese Fälle, die wir unter dem Namen der Verbürgung zusammenfassen: adpromissio, mandatum, constitutum, reihen sich unter einen höheren, allgemeineren Begriff, der noch andere Fälle einschließt, den Begriff der Uebernahme einer fremden Schuld, Intercession. Die Intercession ist ein materieller Begriff, auch solche Rechtsgeschäfte können darunter fallen, bei denen formell nicht eine fremde Obligatio übernommen wird, wenn nur dem Inhalt und dem Effect nach dieser Charakter ihnen zukommt. So übernimmt der, welcher seine Sache für eine fremde Schuld verpfändet, keine Obligatio, er obligirt nicht sich, sondern seine Sache, dennoch ist es Intercession, da für ihn der Sache nach das Rechtsgeschäft denselben Erfolg hat;[f] wer ferner für einen Andern ein Darlehen aufnimmt, übernimmt eine neue Obligatio, nicht die schon bestehende Schuld eines Andern, dessenungeachtet intercedirt er so gut, als wenn der Andere das Darlehen selbst aufgenommen, und er sich förmlich für ihn verbürgt hätte;[g] so kann man endlich von dem Mandator formell betrachtet nicht sagen, daß er eine fremde Obligatio übernehme, da die seinige, in der er für die dem Mandatar nachtheiligen Folgen seines Auftrags haftet, eine ganz besondere ist, aber da der Nachtheil, für den er haftet, eben in der Inexigibilität der fremden Schuld besteht, so hat er materiell in der That diese übernommen.

Umgekehrt fallen manche Rechtsfälle, bei denen formell eine Obligatio

---

a) L. 6 § 4 L. 12 § 12. 14 D. mand. (17, 1).
b) Nov. 99.
c) Aufgehoben durch L. 28 C. de fideiuss. (8, 40).
d) Vgl. L. 42 § 3 D. de iureiur. (12, 2) L. 52 § 3 D. de fideiuss. (46, 1).
e) L. 41 § 1 eod. L. 27 § 5 L. 28 D. mand. (17, 1).
f) L. 8 pr. D. ad. S. C. vellei. (16, 1).
g) L. 2 § 1. 4 L. 8 § 14 D. eod.

übernommen wird, nicht unter den materiellen Begriff der Interceſſion. Wenn es ſich um eine Verbindlichkeit handelt, die ſchon aus einem andern Grund den ſcheinbaren Intercedenten trifft, ſei es dadurch, daß der Schuldner beerbt hat, [h]) oder daß dieſer, wenn er zahlen müßte, den Regreß gegen ihn nehmen würde, [i]) überhaupt wenn er der That nach in rem suam obligirt wird, [k]) ſo mag das Geſchäft die Form der Uebernahme einer fremden Verbindlichkeit haben, es iſt doch keine Interceſſion.

Endlich ſetzt die Interceſſion, ihrer vorhin bemerkten Unabhängigkeit von der formellen Uebernahme einer fremden Obligatio ungeachtet, doch immer directe oder indirecte Uebernahme einer Haftung voraus. Daher iſt keine Interceſſion die bloße Zahlung einer fremden Schuld, und der Verzicht auf ein Pfandrecht zum Vortheil eines andern Gläubigers. [l])

Die Interceſſion giebt den Geſchäften, die darunter fallen, einen Charakter, der es bedenklich macht, ſie in Beziehung auf die Fähigkeit der Perſonen, ſich dadurch zu verpflichten, den andern Verpflichtungsgeſchäften vollkommen gleichzuſtellen. Zwei Punkte gehören dahin, einmal, daß der Intercedent als ſolcher über den Kreis ſeiner eigenen Angelegenheiten hinausgeht und in fremde eingreift, ſodann, daß Perſonen gutmüthiger, leicht beweglicher Natur der Verleitung zu ſolchen Geſchäften, deren gefährliche Folgen einer ungewiſſen Zukunft angehören, beſonders unterliegen. In beiden Rückſichten konnte die Rechtsanſicht ſich bilden, den Frauensperſonen den Zutritt zu dieſen Handlungen zu unterſagen. Die Hervorhebung der erſten Rückſicht, die übrigens noch mehrfach auch bei den römiſchen Juriſten erwähnt wird, [m]) war dem Charakter des älteren Rechts und der alten ungetrübten Sitte angemeſſen. [n]) Ohne Zweifel war es von Alters her angenommen, daß die Betheiligung einer Frau an fremden Proceſſen auch als Proceßbürgin unzuläſſig ſei, nicht weniger als Advocatur, Procuratur und Defenſio. Aber auch eine nichtproceſſualiſche Interceſſion durfte als unweibliche Einmiſchung in fremde Angelegenheiten betrachtet, und ſo eine Beſchränkung der Frauen nahezu in demſelben Umfang angenommen werden, wie ſpäter der Senat ſie feſtſtellte. [o]) Von dem älteren Princip aus konnte aber die Beſchränkung in einem und zwar dem gewöhnlichen Fall unpaſſend erſcheinen, nämlich wenn die Frau für ihren Ehemann intercedirte. Dieß ließ ſich nicht ſo ſchlechthin als unberufenes Eindringen in fremde Geſchäftskreiſe bezeichnen, und wenn in Beziehung auf die Proceßbürgſchaften auch hier das Princip ſich noch mächtig genug erwies, ſo mochte doch vielleicht in den letzten Zeiten der freien Republik eine Anſicht, unterſtützt durch das Abſtumpfen des Gefühls für alte Sitte, herrſchend werden, welche ſolchen Interceſſionen Gültigkeit zuſchrieb. So ſind wahrſcheinlich die Edicte von Auguſt und Claudius zu erklären, welche die Interceſſionen den Frauen gerade für ihre Männer

---

h) L. 95 § 2 D. de solut. (46, 3).

i) L. 3 L. 13 pr. D. ad S. C. vellei. (16, 1).

k) L. 22 eod.

l) L. 4 § 1 L. 5. 8 pr. D. eod.

m) L. 1 § 1 D. eod. L. 2 pr. D. de R. I. (50, 17): Feminae ab omnibus officiis civilibus vel publicis remotae sunt, et ideo nec iudices esse possunt, nec magistratum gerere, nec postulare, nec pro alio intervenire, nec procuratores exsistere.

n) Auch im S. C. velleianum wird dieß als Grund der älteren Beſchränkung angegeben: — tametsi ante videtur ita ius dictum esse, ne eo nomine ab his petitio neve in eas actio detur, cum eas virilibus officiis fungi et eius generis obligationibus obstringi non sit aequum — L. 2 § 1 D. ad S. C. vell. (16, 1).

o) S. die Berufung auf die ältere Praxis in den Geſetzesworten ſelbſt Note n.

verboten.[p]) Von dem Standpunkt jener zweiten Rücksicht: auf die unbedachte Nachgiebigkeit gegen Zumuthungen, deren nachtheilige Folgen sich als ein nie im Ernst zu befürchtendes Ereigniß darstellen lassen — von dem Standpunkt einer bevormundenden und schirmenden Rücksicht, welcher die römische Gesetzgebung um jene Zeit überhaupt einen größeren Einfluß zu gestatten angefangen hatte, mußte gerade dieser Fall, wo der weiblichen Unbedachtsamkeit noch überdieß die Einwirkung des Ehemanns gegenübertritt, doppelt bedenklich erscheinen, zumal das alte Institut der tutela mulierum schon vielfältig geschwächt war. Diese moderne Richtung des Schutzes der Frauen gegen die Schwäche ihres Geschlechts liegt dann auch dem durch den Senat gegebenen vellejanischen Gesetz, welches unter Berufung auf das frühere Recht die Intercessionen der Frauen überhaupt, in dem ganzen oben dargestellten Umfang, für unwirksam erklärte, vornehmlich zu Grunde.[q]) Das Gesetz ist von den Consuln M. Silanus und Velleius Tutor an den Senat gebracht, von dem letzteren hat es den Namen S. C. velleianum erhalten. Die Zeit desselben ist nicht genau zu bestimmen,[r]) wahrscheinlich ist es nicht sehr lange nach der Lex Claudia gegeben, welche die Tutel der Agnaten über die Frauen aufhob, und durch diese Vergrößerung ihrer Selbständigkeit das Bedürfniß eines gesetzlichen Schutzes gegen eine natürliche Unselbständigkeit vermehrte.

Mit dem veränderten Princip hängt es zusammen, daß das Senatusconsultum und das auf seinem Grund entwickelte Recht nicht die formelle Seite der Geschäfte, um die es sich handelte, sondern die materielle (wie sie eben als Begriff der Intercession dargestellt worden ist) hervorhob und als maßgebend behandelte. Es schloß daher die Geschäfte von seinem Verbot aus, die, wenn auch formell Verbürgungen, doch materiell keine Intercessionen sind (Note h. i. k). Aber auch die übrigen Ausnahmen von der Ungültigkeit der weiblichen Intercessionen lassen sich nur auf das neue Princip zurückführen. Daß das S. C. cessirt, wenn die Intercedentin einen Preis für ihre Intercession erhalten, wenn sie sich eines Betrugs gegen den Gläubiger schuldig gemacht, wenn sie die Intercession nach Ablauf von zwei Jahren wiederholt, wenn sie dieser Rechtshülfe entsagt hat (was unter andern gerade bei der Uebernahme eines fremden Processes erwähnt wird, wo das ältere Princip am wenigsten eine Ausnahme zugelassen haben würde) u. s. f., würde von dem Standpunkt des Gefühls, daß officia civilia den Frauen nicht geziemen, unerklärlich sein, dem Charakter einer schirmenden Hülfe, einer Rechtswohlthat,[s]) entspricht es vollkommen.

Justinian hat die Wirksamkeit der intercessiones mulierum in den eben erwähnten Ausnahmsfällen noch überdieß von der Beobachtung einer gewissen Form, nämlich der Abfassung einer gerichtlichen oder von drei Zeugen unterschriebenen Urkunde abhängig gemacht, wovon er nur den Fall der erkauften Intercession dispensirt.[t]) Sodann hat er später noch den Fall der Intercession

---

p) L. 2 pr. D. eod.

q) Ulpian. L. 2 § 2 D. eod.: Verba itaque senatusconsulti excutiamus, prius providentia amplissimi ordinis laudata, quia opem tulit mulieribus propter sexus imbecillitatem, multis huiuscemodi casibus suppositis atque obiectis. L. 4 § 1 D. eod.: — — senatus enim obligatae mulieri succurrere voluit, non donanti; hoc ideo quia facilius se mulier obligat, quam alicui donat.

r) Gewöhnlich wird es in das sechste Jahr der Regierung des Claudius 799 u. (46 p. C.) gesetzt, in welchem ein M. Junius Silanus Consul war; der Name des andern Consuls kommt in den Fasten nicht vor.

s) Senatusconsulti beneficium L. 24 § 2 D. eod.

t) L. 23 C. eod. (4, 29).

einer Frau für ihren Ehemann besonders hervorgehoben. Hier sollen jene Ausnahmen des Senatusconsults keine Wirkung haben, und auch die Fassung des Geschäfts als selbständiger Verpflichtung der Frau (wenn die Frau als Mitschuldnerin des Mannes, z. B. als Mitempfängerin des Darlehens, sich bekannt hat) soll den Gläubiger, der sie belangt, nicht des Beweises überheben, daß sie nicht bloß den Worten, sondern der That nach Hauptschuldnerin geworden sei.[u])

CCLXVI. Es giebt noch eine Art accessorischer Schuldner,[a]) die es nicht durch einen diese Absicht voraussetzenden Act, sondern durch einen Umstand werden, dem das Recht, unabhängig von dem darauf gerichteten Willen der Person jene Wirkung beilegt. Dieß sind die, welche aus den Geschäften Anderer haften und belangt werden können: der Herr aus den Contracten des Sclaven, der Vater aus denen des Sohns, der Dominus aus denen des Bevollmächtigten. Diese Haftung aber ist keine durchgängige, sie hängt noch von besonderen Voraussetzungen ab.[b])

Die Gewalt für sich allein ist kein Grund der Verpflichtung des Gewalthabers aus den Geschäften des Unterworfenen. Es muß noch ein weiterer Umstand hinzukommen, den das prätorische Recht mit der Wirkung einer Klage gegen jenen bekleidet hat.[c]) Das prätorische Edict giebt die Klage aus dem Geschäft des Sclaven oder Sohns gegen den Herrn oder Vater mit dem Zusatz quod iussu, wenn das Geschäft auf seinen Befehl geschlossen ist. Ein solches Geschäft kann gewissermaßen als ein vom Gewalthaber geschlossenes, der sich des Unterworfenen nur wie eines Werkzeugs bedient hat, betrachtet werden. Hätte freilich der Gewalthaber das Geschäft wirklich selbst geschlossen, so daß der Sclave oder Sohn nur unterstützend dabei thätig geworden wäre (z. B. durch Uebernahme der dem Gewalthaber dargeliehenen Summe), so würde der letztere nicht accessio, sondern der alleinige Schuldner sein, und mit der directen Klage, nicht mit der actio quod iussu belangt werden können.[d]) Jenes prätorische Recht ist im Interesse der Accessiones selbst eingeführt, sofern diese, indem es gegen sie eine Klage gewährt, in den Stand gesetzt werden, sich durch ihre Sclaven und Söhne in ihren Geschäften vertreten zu lassen; der Prätor unterstützte dadurch den Gebrauch, den die Römer namentlich von ihren Sclaven in ihrem Verkehr machten. Nun ergaben sich aber bei der Zunahme des Handels Verhältnisse, in denen jene Klage nicht ausreichte. Wenn jemand Rhederei trieb (exercitor navis), und seinem Sclaven oder Sohn die Leitung des Frachtgeschäfts mit dem Schiff übertrug, ihn zum Schiffer, magister navis machte, oder wenn er ihn einem sonstigen Gewerbe oder einer Handlung als Geschäftsführer, institor, vorsetzte, so ließ sich dieß auch nicht denken, wenn er aus den Geschäften, die sie in jener Eigenschaft einzugehen haben (Befrachtungsverträgen, Bestellungen, Lieferungscontracten u. s. f.), nicht verpflichtet wurde.

---

u) Nov. 134 c. 8. Den Inhalt dieses Gesetzes pflegt man als Authentica Si qua mulier zu bezeichnen, von einem Auszug, den ein Glossator daraus zu dem das S. C. betreffenden Titel des Codex gemacht hat.

a) L. 91 § 5 D. de V. O. (45, 1): — filiusfamilias, qui iussu patris promisit — quasi accessionem intelligens eum, qui iubeat.

b) Inst. IV 7 Gai. IV 69—74.

c) Für diesen Umstand hat man den Ausdruck adiecticia qualitas erfunden, und daher die folgenden prätorischen Klagen actiones adiecticiae qualitatis genannt.

d) L. 5 pr. D. quod iussu (15, 4).

Hätte der Befrachter, der Besteller u. s. f. nur in einem besondern Befehl des Herrn oder Vaters seine Sicherheit finden können, so würden dadurch solche Unternehmungen sehr gelähmt worden sein; ja diese Wirkung würde sich für den ganzen Schifffahrts- und Handelsverkehr geäußert haben, da die Interessenten besonders im ersten Fall häufig nicht im Stande waren, die persönliche Stellung des an der Spitze eines Gewerbes Stehenden zu erkunden.[e]) Es war daher ein dringendes Bedürfniß, daß der Prätor schon die Anstellung eines solchen Schiffs- und Geschäftsführers für einen ausreichenden Grund der Verpflichtung des Anstellers aus den Geschäften erklärte, die jener in seiner Eigenschaft als magister oder institor und seiner Vollmacht (lex praepositionis) nicht entgegen geschlossen hat. Die Klage aus dem Geschäft erhält gegen den Rheder oder Geschäftsherrn den Zusatz exercitoria oder institoria.

In allen diesen Fällen haftet der Gewalthaber in solidum, auf den ganzen Gegenstand der Klage. In einigen andern dagegen ist eine Schranke gesetzt, die in der Beschaffenheit des verpflichtenden Grundes liegt. Einer dieser Fälle gehört ebenfalls dem Handelsrecht an. Wenn der Sclave oder Sohn nicht als Geschäftsführer, sondern für sich mit dem ihm verliehenen Peculium, jedoch mit dem Willen des Gewalthabers, ein Handelsgewerbe treibt, so haben die Handelsgläubiger (deren Forderungen also eine Beziehung auf das Handelsgeschäft haben) Anspruch auf eine Befriedigung aus dem Theil des Peculiums, der zu diesem Gewerbe bestimmt war (Vorräthe, Waaren, Ladeneinrichtung ꝛc.). Der Herr oder Vater hat ihre Befriedigung aus dem Werth dieser Sachen, so weit sie reichen, zu leiten; die Befriedigung geschieht wie bei einem Concurs, also im Fall der Insufficienz an alle jene Gläubiger pro rata; mit ihnen kann in demselben Verhältniß auch der Gewalthaber participiren, wenn ihm der Unterworfene etwas schuldig geworden ist, sei es ebenfalls in dem Handelsgeschäft oder sonst.[f]) Erhält ein Gläubiger weniger, als er nach diesen Grundsätzen ansprechen kann, so hat er gegen den Gewalthaber die actio tributoria auf das ihm Gebührende. Allgemeinerer Anwendung sind die beiden folgenden Fälle. Der Herr pflegt dem Sclaven etwas zu geben oder zu überlassen, was zwar rechtlich aus dem Vermögen des Herrn herausgeht, factisch aber wie ein besonderes Vermögen von dem Sclaven besessen und verwaltet werden soll, damit dieser seine Bedürfnisse damit bestreite und es durch seine Thätigkeit erhalte und vermehre. Ein solches Gut heißt peculium; dasselbe kommt auch bei Personen vor, die in väterlicher Gewalt stehen. Die Gläubiger können das Peculium als Befriedigungsobject in Anspruch nehmen, und haben deshalb die actio de peculio gegen den Gewalthaber. Auch die actio tributoria geht auf Befriedigung aus dem Peculium, nur nicht auf das ganze, sondern auf die merx peculiaris; hiernach möchte es scheinen, als ob sie neben der actio de peculio überflüssig wäre. Aber sie hat in ihrer Beschränkung auf der andern Seite den doppelten Vorzug, daß während bei der aestimatio peculii das dem Gewalthaber von dem Unterworfenen Geschuldete vorweg abgezogen, also das peculium selbst dadurch (so gut als durch reelle Wegnahme) vermindert wird, dort der Gewalthaber mit den Gläubigern auf gleichem Fuße steht, sodann, daß die Handelsgläubiger, wenn sie zu jener Klage greifen, die übrigen Gläubiger von der merx peculiaris ausschließen und auf das übrige Peculium verweisen.

---

e) L. 1 pr. D. de exerc. (14, 1): — cum interdum ignari, cuius sint condicionis et quales, cum magistris propter navigandi necessitatem contrahamus —.

f) L. 5 § 7 D. de tributoria (14, 4).

Was nun wieder das Peculium überhaupt anlangt, so giebt es noch einen letzten Verpflichtungsgrund, der, wenn er dem Gläubiger das Seinige zu verschaffen vermag, die Peculienfrage unnöthig macht. Wenn nämlich die von dem Sclaven oder Sohn contrahirte Schuld dem Vermögen des Gewalthabers (abgesehen vom Peculium) zu Gute gekommen, z. B. ein Gläubiger dadurch befriedigt, der Haushalt damit bestritten, eine Reparatur ꝛc. damit besorgt worden ist: si id, quod debetur, in rem patris dominive versum sit, so ist es gerecht, daß der Gewalthaber insoweit von dem Gläubiger belangt werden kann, wie wenn er mit ihm contrahirt hätte. [g]) Diese actio de in rem verso und die actio de peculio werden mit einander verbunden; der Richter untersucht vor allem, ob und wie viel der Beklagte wegen des in rem versum schuldet, erst wenn der Gläubiger aus diesem Grund seine Befriedigung nicht vollständig erhält, ist auf das Peculium überzugehen.

Von den bisher genannten Klagen sind zwei, die actio exercitoria und institoria, auch außer dem Fall eines Gewaltverhältnisses, also gegen den gegeben, der eine nicht in seiner Gewalt stehende Person als magister oder institor bestellt hat. Die andern setzen durchaus einen principalen Schuldner voraus, der in der Gewalt des accessorischen sich befindet, oder zur Zeit der Entstehung der Obligatio sich befand. Indessen hat sich das Recht dahin entwickelt, daß überhaupt die Vollmacht, vermöge deren jemand eine Schuld im Interesse eines Andern contrahirt hat, als Grund einer accessorischen Verpflichtung dieses anerkannt worden ist. Man ließ insofern von einem auf ein einzelnes Geschäft gerichteten Auftrag gelten, was von der Bestellung eines Geschäftsführers gilt, und gab dem Gläubiger neben der Klage gegen den Procurator, als seinen Contrahenten, die actio quasi institoria gegen den Mandanten desselben, so weit jener seine Vollmacht nicht überschritten hat. [h]) Auch aus den Geschäften, die ein Vormund für seinen Mündel, ein Beamter für eine juristische Person, beide innerhalb ihrer Amtsbefugnisse geschlossen haben, sind allmählich utiles actiones gegen die Vertretenen gegeben worden.

CCLXVII. Eine Veränderung in den Subjecten der Obligatio ist insofern möglich, als 1) der Gläubiger auch Schuldner, der ursprüngliche Schuldner auch Gläubiger aus derselben Obligatio werden kann, wie es bei den einseitigen Obligationen mit actiones contrariae geschehen mag (§ 262); 2) ein zweiter Gläubiger oder Schuldner hinzutreten kann, ohne die Obligatio wesentlich zu verändern oder aufzuheben (§ 263 ff.). Aber die bisherigen Subjecte einer Obligatio können sich während ihrer Dauer nicht so verändern, daß die bisherigen Gläubiger oder Schuldner aufhören es zu sein und andere es werden. Eine solche Veränderung wäre nothwendig Aufhebung der Obligatio und Entstehung einer neuen an ihrer Stelle. Die strenge Verbindung mit den Subjecten liegt im juristischen Wesen des Verhältnisses, und auch die factische Natur desselben stimmt damit überein, wonach weder für den Gläubiger die individuelle Person seines Schuldners, noch für den Schuldner die seines Gläubigers gleichgültig ist. Man könnte dieser Beschränkung durch eine nicht individuelle Bestimmung der Subjecte zuvorkommen, wobei jenes Princip vollkommen gewahrt bliebe. Es macht sich jemand z. B. zum Schuldner nicht einer bestimmten

---

g) L. 1 D. de in rem verso (15, 3).

h) L. 19 pr. D. de instit. (14, 3) L. 10 § 5 D. mand. (17, 1) L. 13 § 25 D. de A. E. V. (19, 1). Vgl. auch noch Bd. I § 156.

Person, sondern des jedesmaligen Inhabers der ausgestellten Schuldverschreibung, oder es wird jemand Gläubiger des jedesmaligen Besitzers eines gewissen Grundstücks. Zu einer solchen Berechtigung oder Verpflichtung unbestimmter Personen reichen aber die gewöhnlichen obligatorischen Geschäfte nicht aus; ein Geschäft müßte mit dieser über die gemeine Sphäre hinausreichenden Kraft durch eine besondere Rechtsvorschrift versehen sein. Seit dem Mittelalter ist dieß für manche Geschäfte und Verhältnisse beschränkt zugelassen worden, im römischen Recht finden wir den ersten Fall (Forderungen für den Inhaber einer Urkunde) gar nicht, der zweite kommt vor, aber in einem sehr beschränkten Kreise, bei öffentlichen Leistungen, deren Pflicht den jedesmaligen Besitzer eines Grundstücks trifft.[a])

Jener Grundsatz steht dem Uebergang der Obligationen auf die Erben des Gläubigers oder Schuldners nicht entgegen, denn die Erbfolge enthält einen Uebergang der Persönlichkeit des Erblassers auf den Erben, so daß ein Wechsel der Subjecte in der That nicht eintritt. Auch kein factisches Bedenken steht diesem Uebergang entgegen, da jeder Gläubiger oder Schuldner schon bei der Eingehung des Verhältnisses dieser Veränderung in der Individualität seines Gegners als einer für die Erhaltung des Verkehrs nothwendigen Möglichkeit sich gewärtigen muß. Dagegen schließt der Grundsatz allerdings eine Uebertragung der Obligationen, eine Singularsuccession in dieselben aus.[b])

Es konnte nicht fehlen, daß in dem Grade, in welchem der obligatorische Verkehr zunahm, und einen immer beträchtlicheren Theil des Vermögens in sich zog, das Bedürfniß einer Veräußerung und Uebertragung von Forderungen sich dringend anmeldete, nicht bloß im Interesse des Gläubigers, dem, um seine Forderung zu verwerthen, ein Weg außer der Beitreibung vom Schuldner wünschenswerth sein muß, sondern auch des Schuldners, der in diesem Fall weniger oft einer Kündigung ausgesetzt ist. Dem Gläubiger, der seine Forderung veräußern will, bietet sich nun als Mittel ein Rechtsgeschäft dar, wodurch er dem Schuldner aufträgt, statt seiner einem andern Gläubiger sich zu verpflichten (Delegation § 280). Durch den Contract mit dem neuen Gläubiger wird dann die Forderung des alten (des Deleganten) aufgehoben, und die des neuen tritt an ihre Stelle, und es wird insoweit das Resultat erreicht, das durch eine Uebertragung der Forderung entstehen würde. Aber dieß geschieht so, daß die alte Forderung untergeht, die des Delegatarius ist eine neue; dadurch ist dieses Mittel ein unvollkommenes Surrogat der unstatthaften

---

a) L. 7 pr. D. de publican. (39, 4): Imperatores Antoninus et Verus rescripserunt, in vectigalibus ipsa praedia, non personas conveniri, et ideo possessores etiam praeteriti temporis vectigal solvere debere, eoque exemplo actionem, si ignoverint, habituros (nämlich gegen ihren Vorgänger). Man darf hier zwei Verhältnisse nicht vermischen. Die öffentliche Pflicht zu gewissen Leistungen, die den Besitzern auferlegt sein kann (bei den munera patrimoniorum), ist kein Privatrechtsverhältniß, also auch keine Obligatio, mithin hier nicht gemeint. Der Anspruch aber auf eine fällige Leistung dieser Art ist als eine Forderung (des Fiscus gegen den Abgabenpflichtigen) aufgefaßt und behandelt worden. Insofern nun für diese der in L. 7 cit. ausgesprochene Grundsatz geltend gemacht worden ist, besteht damit zugleich der im Text gemeinte Fall einer Obligatio mit einem nicht individuell bestimmten, und darum möglicherweise individuell veränderlichen Schuldner.

b) L. 25 § 2 D. de usufr. (7, 1). [Nur der Staat überträgt seine Forderungen gleichsam durch ein Specialgesetz unmittelbar, so in der Vectigalienverpachtung: Bruns in den symbolae Beth.-Hollwegio oblatae, Degenkolb Platzrecht S. 127. 140, im prädiatorischen Recht Gustav Jordan de praedibus litis vindiciarum Berol. 1860 p. 19, im Erbschaftsverkauf L. 1 C. de hered. vend. 4, 39. R.]

Uebertragung, da gerade die Fortdauer der früheren Forderung vortheilhaft sein kann. Ein anderer Uebelstand ist die Nothwendigkeit der Zustimmung des Schuldners, ohne dessen Mitwirkung das Geschäft nicht zu Stande kommen kann.

Einen andern Weg, auf welchem diese Uebelstände vermieden werden, bietet die Möglichkeit dar, durch einen Stellvertreter klagbar zu werden (Bd. I § 156). Der Gläubiger kann den factischen Erfolg einer Uebertragung der Forderung durch ein Mandat erreichen, das er dem, der die Forderung erhalten soll, mit der Bestimmung ertheilt, daß derselbe das vom Schuldner Beigetriebene erhalte. Er bestellt ihn zum procurator (oder etwa auch zum cognitor), aber in rem suam. Dieß heißt Cession der Forderung (cedere, mandare, praestare actionem); zuweilen wird sie ohne eigentliches Mandat von selbst angenommen, zu Gunsten dessen, der einen Anspruch darauf hat, indem ihm der Prätor eine utilis actio gegen den Schuldner giebt.[c]) Die Cession ist nicht Uebertragung der Forderung selbst, sondern ihrer Ausübung und Geltendmachung. Der Cedent hört nicht auf Gläubiger zu sein, der Cessionar wird es nicht, bis er mit dem Schuldner litem contestirt, wodurch vermöge der darin liegenden Novation (§ 279) eine neue Forderung entsteht, deren Subject ausschließlich der Cessionar ist.[d]) Bis dahin hat der Cedent als Gläubiger noch die volle Verfügung über die Forderung, er kann den Schuldner selbst belangen, dieser kann ihm Zahlung leisten u. s. f.; der Umstand, daß er dadurch die dem Cessionar eingeräumte Berechtigung verletzt, macht ihn nun diesem verantwortlich, hindert aber nicht die Wirkung seiner Handlungen gegenüber dem Schuldner. Diese fortdauernde Einwirkung des Cedenten ist eine Unvollkommenheit der Cession, welche besonders da, wo es dem Cessionar nicht um sofortige Beitreibung der Schuld zu thun ist, fühlbar wird. Dieß hat darauf geführt, die Beseitigung dieses Einflusses (nicht gerade die Wirkung der Litiscontestation) schon der bloßen Benachrichtigung des Schuldners von der Cession beizulegen; sie bewirkt, daß der Schuldner von da an nicht mehr durch Befriedigung des Cedenten oder durch ein sonstiges Geschäft mit diesem sich befreien kann, dagegen aber auch gegen die Klage desselben geschützt wird.[e])

Gegen den Nachtheil einer Veränderung der Person des Fordernden ohne seine Zustimmung ist der Schuldner im Ganzen schon durch die rechtliche Natur der Cession geschützt, weil es eine fremde Forderung ist, die der Cessionar geltend macht, und dem Schuldner daher jede Vertheidigung zusteht, die er gegen den Anspruch des Cedenten selbst, wenn dieser die Forderung geltend machte, haben würde. Im spätern Recht ist die Garantie des Schuldners noch vermehrt worden durch besondere Beschränkungen der Cession, um auch factische Veränderungen seiner Lage zu verhüten. Die Cession könnte dazu benutzt werden, dem Schuldner einen Gegner unterzuschieben, der durch seine Verhältnisse vielleicht im Stande wäre, ihn zu drücken, die Vertheidigung desselben zu erschweren, einen unbegründeten Anspruch gegen ihn durchzusetzen. Man hat daher die Cession an Mächtigere verboten, wie auch schon die einfache Bestellung derselben als Procuratoren untersagt ist.[f]) Jene Gefahr liegt besonders nahe, wenn die Cessionen zu einem Handel mit Forderungen gebraucht werden. Diesen

---

c) Vgl. L. 55 D. de procur. (3, 3).
d) L. 11 § 1 D. de novat. (46, 2).
e) Alex. L. 4 C. quae res pign. (8. 16).
f) Bd. I § 156 Note m.

Handel hat der Kaiser Anastasius (lex anastasiana) bei Forderungen, denen nicht schon bei ihrer Entstehung die Bestimmung, Handelsobjecte zu sein, gegeben worden ist, durch die Vorschrift zu beseitigen gesucht, daß der Cessionar, wenn die Cession einen Kauf zu ihrem Grunde hat, keine größere Summe von dem Schuldner einzuklagen berechtigt sein soll, als er selbst dafür gegeben hat.[g])

Wirkung der Obligatio.

CCLXVIII. Der Gläubiger kann die Leistung fordern, wie sie den Inhalt der Obligatio bildet; dieß gilt von dem Gegenstand selbst, von der Zeit, von der Leistung. Was den Gegenstand anlangt, so geht sein Anspruch auf Leistung dessen, was die Obligatio enthält, ohne daß es dem Schuldner gestattet ist, einseitig einen andern, wenn auch gleichen Werthes, zu substituiren.[a]) Es ist möglich, daß der Gläubiger die ihm eigentlich geschuldete Leistung nicht erhält und mit dem Werth sich begnügen muß (§ 260), da die individuelle Leistung rechtlich oder factisch unerzwingbar sein kann, aber diese Veränderung ist nicht als ein Recht des Schuldners zu betrachten. Die volle Wirkung der Obligatio kann durch eine Zeitbestimmung aufgeschoben sein (§ 204 Note c), die Existenz der Obligatio wird dadurch nicht gehindert, auch ihre Wirkung wird nicht in allen Beziehungen ausgeschlossen, indem z. B. der vor der Zeit zahlende Schuldner das Gezahlte nicht zurückfordern kann,[b]) aber fordern kann der Gläubiger nicht vor dem Ablauf der Zeit. Diese Folge hat nicht bloß eine durch Privatwillen oder Rechtsvorschrift ausdrücklich gesetzte Erfüllungszeit, ein gleicher Aufschub kann auch schon in der Beschaffenheit der Leistung selbst liegen, wenn sie (in ihrem Gegenstand, nicht in den bloß individuellen Umständen des Schuldners) der sofortigen Erfüllung ein Hinderniß entgegenstellt.[c]) Regelmäßig jedoch sind Existenz der Obligatio und Zeit der Forderung nicht getrennt, der Tag der Entstehung der Forderung ist im Zweifel auch der Tag der Erfüllung.[d]) Eine Modification endlich der Wirkung kann durch die Bestimmung eines Erfüllungsorts herbeigeführt werden. Die Forderung wird dadurch auf diesen Ort beschränkt,[e]) während außerdem der Gläubiger überall, wo er den Schuldner trifft, und wo er ihn gerichtlich belangen kann, zu fordern berechtigt ist.

Wenn der Schuldner seiner Verbindlichkeit nicht nachkommt, so steht dem Gläubiger die gerichtliche Geltendmachung seiner Forderung offen. Mit der Obligatio ist zu diesem Zweck eine Klage verbunden, die gegen den Schuldner angestellt werden kann, sei es, daß er die Forderung bestreitet, oder ohne dieses seiner Verbindlichkeit nicht genügt. Aber dieses Klagerecht ist, wenn auch der regelmäßige Begleiter der Obligatio, doch für ihre Existenz nicht wesentlich, es läßt sich eine Obligatio auch ohne diese vollkommene Wirkung denken. Darauf bezieht sich die Eintheilung in klagbare und klaglose Obligationen.

Klaglos kann eine Obligatio von Anfang sein, oder sie kann es nach ihrer Entstehung werden. Im ersten Fall kann die Klaglosigkeit ihren Grund in

---

g) L. 22 C. mand. (4, 35).
a) L. 2 § 1 D. de reb. cred. (12, 1).
b) L. 10 D. de cond. indeb. (12, 6).
c) L. 137 § 4 D. de V. O. (45, 1).
d) L. 14 D. de R. I. (50, 17).
e) Ueber die unumgängliche Milderung dieser Schranke und die Möglichkeit der Forderung an einem andern Ort, s. Bd. I § 152 Note q § 166 Note r, und vgl. oben § 260 a. E.

einer formellen Unvollkommenheit des Geschäfts haben, wodurch die Obligatio constituirt ist, die Wirkung der bloßen Pacta ist eine solche beschränkte, oder in einer gesetzlichen Mißbilligung des Geschäfts, wenn sie nicht so weit geht, demselben alle Wirkung zu entziehen, wohin der Fall des S. C. macedonianum gehört, oder in der persönlichen Stellung der Subjecte, welche die Entstehung einer klagbaren Obligatio hindert, so die Obligatio aus einem Geschäft, das der Schuldner, während er Sclave war, geschlossen hat (§ 212 Note s), und die Obligatio zwischen Personen, welche durch ein Gewaltverhältniß mit einander verbunden sind. Eine klagbare Obligatio aber kann zur klaglosen werden dadurch, daß nach ihrer Entstehung ein Umstand eintritt, welcher die Klage wegnimmt, ohne die Obligatio selbst vollkommen aufzuheben, so durch die Klagverjährung (§ 208 a. E.), durch capitis deminutio des Schuldners (§ 279); die Litiscontestatio (Bd. I § 172) und die Sentenz (das. § 175) heben an sich die Obligatio vollkommen auf, unter Umständen kann aber auch hier eine unvollkommene Aufhebung eintreten. [f])

Welche Wirkung bleibt nun einer solchen Obligatio übrig, der die vollkommene der klagbaren Geltendmachung entzogen ist? Vor allem die, daß sie die Basis anderer Rechte sein oder werden kann, welche eine bestehende Obligatio zu ihrer Voraussetzung haben. So kann für eine solche Obligatio ein Pfandrecht mit vollkommener Wirkung bestehen (§ 251 Note aa, dd), sie kann constituirt (§ 275), verbürgt, novirt werden (§ 264). Eine zweite Wirkung ist die Geltendmachung durch Exceptio gegen eine Forderung des unvollkommenen Schuldners, wofern die Exceptio sonst statthaft ist, z. B. zum Behuf der Compensation (§ 279). Endlich wenn der Schuldner gezahlt hat, so hat er, wenngleich eine Schuld, die nicht hätte gegen ihn eingeklagt werden können, doch immerhin eine Schuld gezahlt, und kann es nicht als indebitum zurückfordern, der Gläubiger hat soluti retentio. [g])

Die zuletzt genannte Wirkung kommt zuweilen ohne die übrigen vor. Dieß ist nicht eine willkürliche Beschränkung, sondern eine Folge davon, daß sie nicht einmal schlechthin die Existenz einer eigentlichen Obligatio voraussetzt. Die Zurückforderung des Gezahlten kann nämlich nicht bloß dadurch ausgeschlossen sein, daß der Zahlende wirklich debitor (vollkommener oder unvollkommener) war, sondern auch dadurch, daß für ihn eine sittliche Pflicht existirte, zu deren Erzwingung zwar das Recht kein Mittel giebt, zu deren Verletzung aber es ebenfalls nicht die Hand bieten darf, was geschehen würde, wenn es dem Erfüllenden eine Klage auf Zurückgabe des Gegebenen verwilligte. [h]) So hat jede Obligatio die Wirkung der soluti retentio, aber nicht jede soluti retentio gründet sich auf eine Obligatio; sie kann sich auch auf eine nichtjuristische Pflicht gründen, welche die Rückforderung zu einer Unsittlichkeit macht.

Mit dem bisher dargestellten Gegensatz von klagbaren und klaglosen Obligationen stehen die Ausdrücke civiles und naturales obligationes in Zusammen-

---

f) L. 60 pr. D. de cond. indeb. (12. 6), vgl. Bd. I § 175 Note bb. Man hat häufig die Proceßverjährung (Bd. I § 159) als einen Aufhebungsgrund betrachtet, der stets eine klaglose Obligatio zurücklasse, s. z. B. Pfordten de obligationis civilis in naturalem transitu 1843 p. 17 sqq. Aber die Proceßverjährung stört nicht die consumirende Wirkung der Litiscontestation (Bd. I § 172), sondern macht sie vielmehr permanent, mithin kann jene Wirkung nach Ablauf der Proceßverjährung nur da eintreten, wo sie auch ohne dieselbe als Folge der Litiscontestation und der Sentenz eintreten würde.

g) L. 19 pr. 64 D. de cond. ind. (12, 6).

h) L. 26 § 12 L. 32 § 2 eod. [Gegen diese Zurückführung der soluti retentio auf eine blos sittliche Pflicht erklärt sich Savigny Obligationenrecht I § 12 S. 100 Note a, 103 Note d. R.]

hang. Sie beziehen ſich zunächſt auf das Recht, durch welches die Obligatio anerkannt wird, aber dieſer Umſtand hat eben zugleich einen bedeutenden Einfluß auf die Wirkung, die ihr zukommt.

Civiles obligationes ſind die durch das ius civile anerkannten, alſo die auf eine dieſem Recht gemäße Weiſe entſtandenen, ſei es durch eine eigenthümlich civilrechtliche oder durch eine allgemeine, dem Jus Gentium angehörige, aber von dem Jus civile adoptirte Form. Sie ſind durchaus vollkommene, mit einer Klage, einer civilis actio verſehene Obligationen, wenn nicht etwa bei ihrer Entſtehung oder nachher ein Umſtand hinzugetreten iſt, der ihnen dieſe vollkommene Wirkung, worauf ſie durch ihren Urſprung Anſpruch haben, entzogen hat. Sie werden auch obligationes ſchlechtweg genannt, wie auch unter dem Wort ius ſchlechtweg das civile Recht verſtanden wird, und in dieſem Sinn kann von einem Umſtand, der die Klage wegnimmt, geſagt werden, er bewirke, daß keine obligatio (in jener vollen Bedeutung) mehr vorhanden ſei.[i]) Eben ſo wird der Ausdruck debere, debitor vorzugsweiſe für dieſe Obligationen gebraucht,[k]) die ohnehin in der älteſten Zeit, der ausſchließlichen Geltung des Jus civile, die einzigen waren.[l])

Das Wort naturalis bildet den Gegenſatz von civilis, naturales obligationes ſind die, welche nicht im Jus civile ihre Wurzel und nicht die civilrechtliche Wirkung haben. Solche ſind vor allem die, welche im Jus Gentium ihren Grund haben,[m]) aber auch die auf dem ius honorarium beruhenden können mit jenem Wort in ſeiner negativen Richtung bezeichnet werden.

Es gab eine Zeit, wo die obligationes iuris gentium im römiſchen Recht und unter Römern gar keine Wirkung hatten. Wenigſtens keine ſelbſtändige und für ſich zur Sprache kommende; denn freilich daß ſie die materielle Grundlage für civilrechtliche werden konnten, daß eine Uebereinkunft durch das Hinzukommen einer civilen causa zur Obligatio wurde,[n]) war nicht zweifelhaft. Davon war nur ein kleiner Schritt zu dem Grundſatz, daß eine ſolche naturalis obligatio die Baſis eines andern Rechts, einer Verpfändung, einer Verbürgung werden, ferner, nachdem dieſe Rechtsmittel eingeführt waren, daß ſie durch Exceptionen geltend gemacht, überhaupt daß ſie zur Vertheidigung gegen einen Anſpruch benutzt werden könne, und daß dem Gläubiger iure gentium die soluti retentio zuſtehe. Es wurden, mit einem Wort, den naturales obligationes alle jene Wirkungen einer Obligatio außer der Klage eingeräumt, und dadurch geſchah es, daß mit dieſem Namen im römiſchen Recht die klagloſen Obligationen bezeichnet werden, nicht bloß, wenn die Obligatio von Anfang eine klagloſe war, ſondern auch, wenn eine civilis obligatio durch den Verluſt der Klage klaglos wird, ſo daß dieſer Fall in den Worten „naturalis obligatio manet“ ſeinen Ausdruck findet. In einigen Fällen ſind ſolche naturales obligationes mit einer höheren Wirkung durch eine ihnen beigelegte prätoriſche Klage verſehen, ſie ſind dadurch zu honorariae obligationes geworden, und werden durch

---

i) L. 6 D. de O. et A. (44, 7): — finit obligationem.

k) L. 16 § 4 D. de fideiuss. (46, 1). So auch der Ausdruck creditor für den zu einer Klage berechtigten Gläubiger L. 10 D. de V. S. (50, 16).

l) Auch der Definition der Obligatio in pr. Inst. de oblig. (3, 13) liegt genau verſtanden dieſe engere Bedeutung zu Grunde. Vgl. auch L. 7 § 2. 4 D. de pact. (2, 14).

m) L. 84 § 1 D. de R. I. (50, 17): Is natura debet, quem iure gentium dare oportet, cuius fidem secuti sumus.

n) L. 7 § 2. 4 D. de pact. (2, 14).

dieſe Bezeichnung von den übrigen (tantum naturales) unterſchieden.[o]) Auf der andern Seite geht der Ausdruck honorariae actiones auch über die naturales obligationes hinaus, es giebt prätoriſche Obligationen, die nicht auf das Jus Gentium zurückgeführt werden können, die alſo nicht zugleich naturales ſind, wenigſtens wenn dieſes Wort in ſeiner poſitiven Bedeutung, und nicht in ſeiner negativen (für alle nicht civilen Obligationen) gebraucht wird.

Wenn man dieſen negativen Sinn des Worts ins Auge faßt, ſo kann es nicht auffallen, daß ſelbſt die oben angedeuteten Fälle (Note h), wo eine soluti retentio ohne alle eigentliche Obligatio vorkommt, als ein naturaliter obligari, natura debere bezeichnet werden; das Auffallende würde wenigſtens eher in dem Gebrauch des Worts obligatio oder debitum, inſofern dadurch die nichtjuriſtiſche Pflicht für ein Rechtsverhältniß erklärt wird, als in dem Beiwort naturalis liegen. Denn mit dieſem kann, wie das über das Jus civile, ſo auch das über die Grenzen des Juriſtiſchen überhaupt Hinausgehende ſehr wohl ausgedrückt werden. So iſt es weder nach Jus civile noch nach Jus Gentium möglich, daß der ehemalige Sclave gegen ſeinen Herrn eine aus der Zeit der Herrſchaft ſich herſchreibende Forderung habe; wenn der Herr ihm in Beziehung auf ein verwilligtes Peculium etwas ſchuldig geworden war, und er zahlt es nach der Freilaſſung, ſo hat er gezahlt, was er weder iure civili noch gentium ſchuldete. Deſſenungeachtet iſt die condictio indebiti ausgeſchloſſen, und in dieſer Rückſicht wird jene Schuld[p]) ein naturale debitum genannt, und der Juriſt Tryphoninus erinnert in dieſer Beziehung an die Bedeutung des ius naturale, worin darunter nicht wie gewöhnlich das ius gentium, ſondern ein über Jus civile und Gentium hinausliegendes Recht verſtanden wird.[q]) Daraus iſt zugleich zu lernen, daß jene Fälle einer nichtjuriſtiſchen Pflicht ſo wenig als der eigentliche Kern der Theorie von der naturalis obligatio betrachtet werden dürfen, als der Begriff des ius gentium in dem ius naturale quod natura omnia animalia docuit zu ſuchen iſt.

CCLXIX. Innerhalb des Kreiſes der klagbaren Obligationen treten Verſchiedenheiten der Wirkung ein durch die verſchiedene Natur der Klagen ſelbſt, welche dem Anſpruch einen größeren oder geringeren Grad von Energie geben kann.

Vor allem hat auf das proceſſualiſche Verhältniß unter den Parteien und von da rückwärts auf Charakter und Kraft der Forderung einen bedeutenden Einfluß der Umſtand, ob die Klage bonae fidei actio iſt, oder ein strictum iudicium zur Folge hat. Nach dieſem Unterſchied werden die Obligationen ſelbſt und damit auch die Geſchäfte, durch welche ſie conſtituirt werden, in bonae fidei und stricti iuris obligationes, contractus, negotia eingetheilt.[a])

Einem Volk von praktiſchem Verſtand und männlicher Energie wird ſich ein Syſtem der Rechtshülfe empfehlen, bei welchem der Richter ſtreng an das gewieſen wird, was die Parteien über ihre Verhältniſſe ausdrücklich verabredet und im Einzelnen unter ſich feſtgeſetzt haben. Es wird ohne Anſtand an dieſe die Forderung ſtellen, in ihrem Verkehr für eine ihrem rechtlichen Intereſſe

---

o) L. 5 pr. D. de pign. (20, 1) L. 1 § 1 D. de novat. (46, 2) L. 8 § 4 D. de acceptil. (46, 4) L. 10 D. de V. S. (50, 16).

p) L. 41 D. de pecul. (15, 1): — sed cum eo verbo (debere) abutimur, factum magis demonstramus, quam ad ius civile referimus obligationem —.

q) L. 64 D. de cond. ind. (12, 6).

a Vgl. zu dem Folgenden die Darſtellung im Proceß Bd. I § 165.

entsprechende genaue Fassung ihrer Geschäfte selbst zu sorgen, alles Erforderliche in weisliche Ueberlegung zu ziehen, und darnach ihre Verträge einzurichten, ohne sich auf eine Nachhülfe von Seiten des künftig erkennenden Richters zu verlassen. Dieses Princip versprach eine einfachere, strengere, eine von der Individualität des Richters unabhängigere, und darum gegen richterliche Willkür und Parteilichkeit oder Schwäche gesicherte Rechtshülfe. So dachte das römische Volk, welchem gegen diesen Vortheil die Gefahr eines materiellen Unrechts gering erschien, da sie der Regel nach nur den Unvorsichtigen, Nachlässigen, Unmännlichen bedrohte, der unter einer überwiegenden Mehrzahl von tüchtigen, verständigen, der eigenen Kraft und Einsicht vertrauenden Bürgern auf keine Sympathie rechnen durfte; die Regel der stricta iudicia erwies sich selbst zu einer Zeit, wo das Recht noch keine Hülfe gegen Uebervortheilung durch Betrug oder Gewalt in Rechtsgeschäften gab, sondern jeden seiner eigenen schützenden Thätigkeit überließ, keineswegs als unbequem.

Allerdings aber that sich schon von der ältesten Zeit an eine Reihe von obligatorischen Verhältnissen hervor, bei denen das Bedürfniß einer Ausnahme von dieser Regel nicht abzuweisen war. Diese Fälle (aufgezählt Bd. I S. 492 f.) sind zum Theil solche, wo jene Anforderung bis ins Detail erschöpfender Verabredungen schon der Zeit wegen, die sie in Anspruch nehmen, dem Verkehr nachtheilig geworden wäre, wie bei dem Kauf und ähnlichen Handelsgeschäften, bei dem Depositum, dem Commodatum, der Führung fremder Geschäfte, zum Theil sind es Verhältnisse, bei denen die verschiedenen Ereignisse, die dabei zu bedenken sind, auch dem Vor- und Weitsehenden nicht vorschweben, wie bei den Societäten und andern Gemeinschaftsverhältnissen, oder wo die Anforderung genauer Verclausulirung als eine allgemeine sonst als unnatürlich erscheinen muß, wie bei dem Heirathsgut, überhaupt sind es Fälle, wo das gegenseitige Vertrauen der Parteien auf billige und rechtliche Gesinnung durch die Natur der Verhältnisse gerechtfertigt und dem Vorwurf der Lässigkeit entnommen wird. Es ist an einem andern Ort ausgeführt worden (Bd. I § 154. 162. 165), wie für diese Fälle Richter gegeben wurden mit größerer Macht zur Wahrnehmung dessen, was Recht und Billigkeit in solchen Verhältnissen fordern, als die gewöhnlichen Richter besitzen.

Der unterscheidende Charakter der bonae fidei obligationes gegenüber anderen zeigt sich in folgenden Punkten. Im allgemeinen besteht er in der freien Beurtheilung des Verhältnisses nach den Vorschriften des billigen Rechts, zu welcher der Richter ermächtigt und angehalten wird. Als Mittel dazu dient ihm in Beziehung auf die Feststellung der Facta eine freiere Benutzung des Eides, den er der einen oder andern Partei auflegen kann,[b] ferner die Zulassung einer Legitimation durch ein bloßes Interesse der Neigung (§ 258 Note e). Der Feststellung der Thatsachen liegt vor allem die wirkliche Verabredung zu Grunde, sodann, in Ermangelung derselben, was aus der Natur der Verhältnisse zu entnehmen ist.[c] In jener Hinsicht ist die Uebereim-

---

b) L. 3 C. de reb. cred. (4, 1): In bonae fidei contractibus, nec non etiam in ceteris causis, inopia probationum per iudicem iureiurando causa cognita res decidi oportet (Diocl. et Max.). Daß ungeachtet der scheinbaren Gleichstellung die b. f. obligationes in dieser Hinsicht dennoch etwas vor den übrigen voraushaben, zeigt ihre Hervorhebung auch in der angeführten Stelle, ebenso L. 5 pr. D. de in litem iur. (12, 3).

c) L. 11 § 15 L. 48 D. de A. E. V. (19. 1.) [In einer merkwürdigen Anwendung ist dieß neuerdings von Bekker Zeitschrift für Rechtsgeschichte III (1864) S. 437 aus den leges locationis bei Cato de R. R. c. 144. 145 nachgewiesen. Die Gegenforderungen werden zu Geld

kunft das Grundgesetz dieser Obligationen,[d]) sie ist vor allem aufrecht zu erhalten,[e]) wobei eine stillschweigende Vereinbarung so gut ist als eine ausdrückliche, wie denn überhaupt die Berufung auf Rechtsformen gegenüber dem, was sich als Verfahren eines redlichen Mannes darstellt, zurücktritt.[f]) Aber die Verabredungen selbst unterliegen der Beurtheilung nach den Anforderungen der Gerechtigkeit; sie sind zu verwerfen, soweit sie diesen nicht entsprechen.[g]) Eben so hat dieses Princip der aequitas,[h]) und der Zurückweisung aller Gefährde und Hinterlist[i]) auf die rechtliche Gestaltung des ganzen Verhältnisses Einfluß, theils den positiven, daß Ansprüche, die jenen Grund haben, anerkannt, theils den negativen, daß entgegengesetzte zurückgewiesen werden.[k])

Es läßt sich allerdings nicht behaupten, daß eine stricti iuris actio schlechthin und in jedem Fall dem Gläubiger vortheilhafter sei, als eine bonae fidei actio. Denn auch ihm kann das bei der letzteren vorherrschende Princip der materiellen Gerechtigkeit erwünscht sein. Daß er nicht in den Fall kommt, wegen Zuvielforderung sein Recht zu verlieren, gehört nicht eigentlich hierher, da es die Folge nicht der bona fides, sondern der incerta intentio, die bei bonae fidei actiones nothwendig, aber auch außer ihnen möglich ist. Aber er kann Ansprüche geltend machen und durchsetzen, die über den wörtlichen Inhalt des Geschäfts hinausgehen, die Verbindlichkeiten des Schuldners erweitern sich, was sich z. B. bei dem Ersatz eines durch diesen verursachten Schadens zeigt (§ 277), der Gläubiger erhält Accessionen ohne besondere Abrede, z. B. Verzugszinsen, worauf er in einem strictum iudicium keinen Anspruch hat (§ 260) u. s. f. Dagegen gewährt auf der andern Seite die bonae fidei actio dem Schuldner den Vortheil, daß ihn die Rücksicht auf die bona fides befreien kann, wo er in einem strictum iudicium condemnirt werden müßte,

---

angeschlagen und deshalb ein Abzug (deductio, minus solvere) an der Forderung beredet. Augenscheinlich ist hieraus das Compensationsrecht der bonae fidei iudicia abzuleiten § 280 p. R.]

d) L. 116 pr. D. de R. I. (50, 17) L. 58 D. de pact. (2, 14).

e) L. 7 § 6 D. de pact. (2, 14) L. 11 § 1 D. de A. E. V. (19, 1) L. 21 D. loc. (19, 2) L. 2 § 13 D. de adm. rer. (50, 8).

f) L. 29 § 4 D. mand. (17, 1): de bona fide enim agitur, cui non congruit de apicibus iuris disputare. [Cic. pro Caec. c. 23: cum se in causa putant habere aequum et bonum — tum illud quod dicitur *sive nive* irrident, tum aucupia verborum — in invidiam vocant, tum vociferantur, ex aequo et bono, non ex callido versutoque iure rem iudicari oportere: scriptum sequi calumniatoris esse: boni iudicis voluntatem scriptoris auctoritatemque defendere. Schon aus diesem Grunde ist die von Bekker (de emptione venditione) bezweifelte Klagbarkeit der Consensualverträge bereits für Plautus Zeit zu behaupten. Vorausgesetzt ist sie unter andern in Plaut. Most. III 1. 139 f. V. 1. 50 f. Vgl. Demelius Plautinische Studien, Ztschr. für Rechtsgeschichte II (1863) S. 200. 208. Jetzt setzt Bekker selbst (Actionen I 1871 S. 148 Note 44) „die Entwicklung der Freiheit und Beweglichkeit, also des eigentlichen bonae fidei Charakters der actio empti in eine neuere bis in die Zeit Cicero's etwa sich erstreckende Periode" und erklärt es nur noch für „wahrscheinlich, daß die actio empti oder venditi aus bloßem Consense dem Dichter (Plautus) überhaupt unbekannt gewesen sei". R.]

g) L. 7 § 1 D. de rescind. vend. (18, 5) L. 11 § ult. de A. E. V. (19, 1.)

h) L. 31 D. depos. (16, 3): Bona fides, quae in contractibus exigitur, aequitatem summam desiderat — — —. L. 2 § 2 D. de O. et A. (44, 7): item in his contractibus alter alteri obligatur de eo, quod alterum alteri ex aequo et bono praestari oportet.

i) L. 68 pr. D. de contr. emt (18, 1).

k) Anwendungen in L. 5 § 6 D. de neg. gest. (3, 5) L. 41 D. de iud. (5, 1) L. 24. 31 § 1 D. depos. (16, 3) L. 12 § 11 D. mand. (17, 1) L. 68 pr. D. de contr. emt. (18, 1) L. 11 § ult. L. 50 D. de A. E. V. (19, 1) L. 32 § 2 D. de usur. (22. 1) L. 57 D. de R. J. (50, 17) L. 18 C. de neg. gest. (2, 18) L. 3 C. de resc. vend. (4, 44).

daß ihm auch formell die Vertheidigung erleichtert ist, indem er vor dem Richter alle Einwendungen, die sich auf einen vergangenen oder gegenwärtigen dolus des Klägers zurückführen lassen, vorbringen kann, ohne sie schon in iure vorgeschützt und ihre Aufnahme in die Formel erlangt zu haben (Bd. I § 170); der größere Umfang des Feldes, auf dem das Urtheil des Richters sich bewegt, verursacht eine größere Verwickelung von Angriff und Vertheidigung und damit eine Verzögerung der Rechtshülfe zum Nachtheil des Gläubigers; der Kläger wird selten seinen ganzen Ansatz erreichen, die Möglichkeit des Abdingens ist ein Gewinn des Schuldners, der Gläubiger kann in die nachtheilige Alternative sich versetzt sehen, entweder seine Forderung zu hoch zu stellen, und dadurch zwar nicht den Verlust, aber eine Verlängerung des Processes zu verursachen, oder durch einen mäßigen Ansatz sich der Gefahr auszusetzen, bei einem diese Mäßigung nicht vermuthenden Richter weniger zu erhalten, als ihm wirklich gebührt. [l])

Im Ganzen kann man sagen: das strictum iudicium gewährt einem Gläubiger, der sich gehörig vorgesehen hat, eine sicherere, strengere, schnellere Rechtshülfe; den Nachtheilen, die für ihn damit verbunden sind, läßt sich vorbeugen. Und diesen Vortheil kann auch bei einer bonae fidei obligatio der Gläubiger mit Zustimmung des Schuldners sich dadurch verschaffen, daß er, entweder von Anfang oder nachher, die Leistung in bestimmter Fassung zum Gegenstand einer Stipulation macht. Er hat dann die Klage aus der Stipulation, die eine stricti iuris actio ist. [m])

Aber es giebt Fälle, theils im früheren, theils noch im späteren Recht, wo die regelmäßige Wirkung der Forderung noch weiter verstärkt, der Zwang gegen den Schuldner potenzirt worden ist durch eine besonders nachtheilige Lage, von der sich der die Zahlung Versäumende bedroht sieht. Ein solcher Nachtheil kann durch Verabredung bestimmt werden, der Schuldner macht sich anheischig, für den Fall nicht gehöriger Erfüllung seiner Verbindlichkeit eine Strafe zu geben, die man von dieser ihrer Begründung durch einen Vertrag Conventionalstrafe nennt. So wie die Bedingung eingetreten, die Erfüllung unterlassen worden ist, verfällt die Strafe; was übrigens zum Eintritt der Bedingung gehöre, hängt von der Fassung der Strafstipulation und dem darin ausgedrückten Willen der Contrahenten ab, wonach z. B. eine Unmöglichkeit der Thatsache, auf deren Unterbleiben die Strafe gesetzt ist, erforderlich, oder auch schon die einfache Unterlassung innerhalb einer gewissen Zeit hinreichend sein kann. [n]) Hat die Conventionalstrafe den Charakter einer reinen Strafe, so daß, wenn sie verfallen ist, sie und auch noch außerdem die Erfüllung selbst gefordert werden kann, so ist der Nachtheil, der den säumigen Schuldner bedroht, und damit die Verstärkung des von dem Gläubiger ausgehenden Zwangs für sich klar. Aber auch wenn dieser, wie es gewöhnlich gemeint sein wird, nur die Erfüllung oder die Strafe fordern kann, wenn also die Strafe ein gewillkürter Anschlag des Interesse ist (sei es für die Erfüllung selbst oder

---

l) Cic. pro Rosc. com. 4: — ad iudicium hoc modo venimus, ut totam litem aut obtineamus aut amittamus, ad arbitrium hoc animo adimus, ut neque nihil neque tantum quantum postulavimus consequamur. — — Quis unquam ad arbitrum quantum petiit, tantum abstulit? Nemo.

m) Cic. pro Caecin. c. 3 si quis quod spopondit, qua in re verbo se uno obligavit, id non facit, maturo iudicio sine ulla religione iudicis condemnatur. Das Nähere darüber bei der Stipulation § 272.

n) L. 115 § 1. 2 D. de V. O. (45, 1) L. 12 C. de contr. stip. (8, 37).

bloß für ihre Verspätung), so gewährt die Strafe doch den bedeutenden Vortheil, daß sie das Interesse fixirt, den Beweis desselben ersetzt, und alle Einwendungen beseitigt, die der Schuldner gegen den Anschlag desselben durch den Gläubiger erheben könnte, giebt also dem Gläubiger eine umfassendere, jedenfalls eine schnellere, und schon darum kräftigere Hülfe, als ihm außerdem zu Gebot stehen würde. [o])

Manchen Forderungen hat das Recht selbst eine verstärkte Wirkung beigelegt. Es gehören dahin das Nexum, die Fälle, wo eine Strafsponsion erzwungen werden kann, oder wo der Proceß dem Beklagten sonst einen über die regelmäßigen Folgen seines Verlaufs hinausreichenden, mit der Natur des geltend gemachten Anspruchs zusammenhängenden Nachtheil droht.

Das älteste Recht hat das Beispiel einer gewaltigen Verstärkung der Obligatio in der Contractsform gegeben, welche nexum oder nexus heißt. Bei diesem Institut, welches bei der theilweisen Dunkelheit und Disharmonie der davon gegebenen Nachrichten noch immer zu den Problemen der Geschichte gehört, und namentlich in unsern Tagen viele Gelehrte beschäftigt hat, [p]) kommt es auf zwei Punkte an: die Beschaffenheit des Geschäfts selbst, wozu nicht bloß die äußere Form, sondern auch der juristische Umfang seiner Anwendung und, was freilich schon auf der Grenze des zweiten Punktes liegt, der Einfluß auf den gegenwärtigen Zustand des Verpflichteten gehört, — sodann die Wirkung, die es der Forderung gab. Wir können das letzte auch als den eigentlichen Zweck des Geschäfts, das erste als Bereitung des Wegs zu diesem Ziel bezeichnen. Indem wir dieses Institut in ein System des Rechts einzureihen haben, sehen wir uns (im Gegensatz gegen eine monographische Behandlung desselben) genöthigt, jene beiden Punkte zu trennen, hier vorzugsweise den zweiten ins Auge zu fassen, den ersten zur Lehre von den Contracten (§ 272) zu verweisen, indem wir davon nur dieß vorausnehmen, daß bei dem Geschäft eine Wage gebraucht, ein Stückchen Erz dem Schuldner gegeben wurde, feierliche Worte auszusprechen, fünf Zeugen zuzuziehen waren, und daß dieses Geschäft von den alten Schriftstellern meistens bei den Gelddarlehen erwähnt wird. Diese Trennung hat vielleicht ihre eigenthümlichen Vortheile. Wenigstens glaube ich bemerkt zu haben, daß manche neuere Schriftsteller, wenn sie auch den eigentlichen praktischen Zweck nicht aus den Augen verlieren, doch durch eine Vernachlässigung der Scheidung der verschiedenen Punkte gehindert worden sind, das Wahre zu treffen. Durch die Richtung der Aufmerksamkeit auf den praktischen Zweck hat Savigny in der Behandlung dieser Sache Epoche gemacht, es wäre manchen neueren Bearbeitern zu rathen gewesen, ihm in dieser Richtung zu folgen. [q])

---

o) § 7 Inst. de V. O. (3, 15).

p) Mehr oder weniger ausführlich haben ihre Untersuchungen über das Nexum mitgetheilt Niebuhr Röm. Gesch. I S. 638 ff. II S. 668 f. III S. 178 ff. Zimmern der röm. Civilproceß (1829) § 45. Puchta Lehrb. für Inst. Vorl. (1829) S. XXVIII ff. v. Savigny über das altröm. Schuldrecht 1834. v. Scheurl vom Nexum 1839. C. Sell de I. R. nexo et mancipio 1840. Van Heusde de lege poetelia papiria 1842. Bachofen das Nexum, die Nexi und die Lex Petilia 1843. v. Glöden Recension der drei letzten Schriften, krit. Jahrb. 1845 S. 385 ff. [Danz Lehrbuch der Geschichte des röm. Rechts II § 160. Huschke über das Recht des nexum und das alte röm. Schuldrecht 1846].

q) [Mit diesen Worten endigt das von dem Verfasser für den Druck ausgearbeitete Manuscript. Das Institutionenheft von 1843 enthält über seine Ansicht vom Nexum, deren eigene Ausführung, auch nach v. Glöden's Andeutungen darüber, immer noch von großem Interesse gewesen sein würde, nur dieses: „Nexum war eine Contractsform, bei welcher eine Wage gebraucht, und

[Die Execution einer Forderung setzt ein richterliches Urtheil voraus, welches erst nach vollständiger Vertheidigung des Schuldners gefällt werden kann. Die Obligatio selbst ist nicht executorisch, sie berechtigt zur Klage in personam, aber nicht zur Pfändung der Person. Nicht selten aber wird dem Gläubiger daran liegen, ohne die zwischen der Actio und dem Judicat zu durchmessenden Mittelstufen dieses letzte Ziel erreichen, die executorische Kraft des Endurtheils bis auf den obligatorischen Act zurückziehen zu können.

Das älteste Recht eröffnet ihm hierzu einen zwiefachen Weg.

Der eine ist die Confessio in Jure (Bd. I § 187), welche, sobald sie auf eine bestimmte Summe römischen Kupfergeldes gerichtet ist, nach dreißig Tagen zur Manus Injectio und Abductio des Geständigen berechtigt, sei es nun, daß eine frühere Schuld erst nachträglich, oder daß eine Darlehensschuld durch Auszahlung oder Schuldbekenntniß vor Gericht gleich von vornherein mit der Kraft des confessum aes bekleidet wird.[r])

Der andere Weg ist ein Privatact, der sich zu dem Scheinproceß der Confessio in Jure verhält wie die Mancipatio zur In Jure Cessio, und jenen gerichtlichen Contract eben so vollständig aus der Anwendung verdrängt hat, wie die umständlichere Scheinvindication durch die in der Mancipatio enthaltene Anwendung der Aes et Libra Solennität verschwunden ist (§ 238). Dieser Privatact ist das Nexum, die durch ihn contrahirte Geldschuld heißt nexum aes,[s]) ihre Wirkung ist der des iudicatum und confessum aes analog.

Wenn freilich der Schuldner das nexum aes leugnet, so entsteht zwischen seinem Vindex und dem Gläubiger noch nachträglich ein Verfahren, welches entweder mit Abwendung der Wegführung (Bd. I § 162 h) oder einem zweiten Judicat auf den doppelten Betrag des Darlehns endigt.[t]) Allein dieses Ver-

---

ein Stückchen Erz dem Schuldner gegeben wurde vor fünf Zeugen, gleichsam ein Selbstverkauf des Schuldners an den Gläubiger, ursprünglich wahrscheinlich in Form des Darlehens, bei dem das Geld zugewogen wurde, nachher eine bloße Form für jede Obligation, bei der die Parteien übereinkamen, sie mit dieser Form zu bestärken. Diese Form verschaffte dem Gläubiger das Recht, gegen den Schuldner mit Manus Injectio zu klagen, wie sonst bei dem Judicatus. Der Schuldner wurde, wenn sich kein Vindex fand, dem Gläubiger sofort als Schuldknecht zugesprochen. Dieß Nexum, mit dem hartherzige Gläubiger einen großen Mißbrauch trieben, wurde in Folge von Volksaufständen abgeschafft durch das Gesetz des Poetelius und Papirius 428, d. h. es wurde bestimmt, daß nicht mehr die Manus Injectio eintreten sollte, wodurch es wirkungslos wurde." Wie die Darstellung im Cursus der Institutionen gelautet haben würde, ergiebt folgender Parallelismus zwischen Eigenthum und Obligatio, den der Verfasser auf einem besonderen Blatte für die Ausarbeitung entworfen hatte: I. Eigenthum. 1) Proceß mit richterlichem Urtheil. 2) Proceß mit Confessio in Jure. 3) Scheinproceß durch in Jure Cessio. 4) Außergerichtlich: Mancipatio. — Alles ex iure quiritium. II. Obligatio. 1) Proceß mit richterlichem Urtheil: actio iudicati. 2) Proceß mit Confessio in Jure. 3) [Scheinproceß mit Confessio in Jure. Gerichtlicher Contract?] 4) Außergerichtlich. Nexum. Ueberall Manus Injectio. Ueberall aes vorausgesetzt und zwar certa pecunia. Ein anderer Gegenstand kann in aes verwandelt werden: a) durch Judicat, b) durch Nexum." Auf einem zweiten Blatte: „Nexum. Zwei Punkte: 1) Wirkung, 2) Beschaffenheit des Actes selbst. Ad. 1. Schuldknechtschaft. Aber nicht ausschließlich beim Nexum. Also eine kürzere Herbeiführung derselben. Manus Injectio. Einfluß auf die Stellung des Schuldners. Begründete schon das Nexum eine Knechtschaft? Ad. 2. Unten bei der Entstehung." Ich habe um so weniger Bedenken getragen, die hier angedeutete letzte Ansicht des Verfassers im Texte auszuführen, als ich sie in den wesentlichsten Punkten als eine uns gemeinsame bezeichnen darf. R.]

r) [Lex rubria c. 21. Paul. sent. II 1 § 5: si quis debitum quocunque modo confessus docetur, ex ea re creditori actio non datur, sed ad solutionem compellitur. R.]

s) [Festus v. nexum aes apud antiquos dicebatur pecunia, quae per nexum obligatur. Ueber die Form kann erst weiter unter § 273 c gehandelt werden. R.]

t) [Rudorff Zeitschr. für gesch. Rechtswiss. (1848) XIV S. 311—322. R.]

fahren ist kein zweiter vollständiger Rechtsstreit über die Forderung, sondern ein der sententiae in duplum revocatio entsprechendes Rechtsmittel gegen die Damnatio (Bd. I § 181): gegen einen Geständigen oder Verurtheilten giebt es keinen Proceß mehr über die ursprüngliche Schuld oder Nichtschuld, keine indebiti condictio, einem solchen Proceß würde die Regel: res iudicata pro veritate accipitur, qua de re semel actum est, de ea amplius agi non potest entgegenstehen, dem Verurtheilten bleibt daher nur noch das durch Succumbenzstrafe des Doppelten beschränkte Rechtsmittel der Nichtigkeitsbeschwerde wider das Judicat (vgl. unten § 319 Note q. r): gegen das eigene Geständniß wird auch dieses versagt (Bd. I § 181 e).

Die Execution beginnt aber nicht etwa schon mit dem Verfalltage, an welchem der Schuldner das Capital zurückzuzahlen versprochen hat. Von hier an hat er zunächst noch die dreißig iusti dies des Confessus und Judicatus (Bd. I § 179 g. h), erst wenn er auch diese gesetzliche Zahlungsfrist ungenutzt verfließen läßt, ist er der Abduction des Gläubigers ausgesetzt,[u]) dieser ist befugt, Hand an seine Person zu legen[v]) und ihn mit sich nach Hause zu führen, er selbst ist genöthigt, sich der Abduction zu fügen, sich dem Gläubiger als Pignus zu überlassen (nexum se dare), das nexum aes ergreift nun die Person, der Schuldner selbst wird zu einem nexus.[w]) Widersetzlichkeit gegen die Privatpersonalpfändung wäre eine ordnungswidrige Anmaßung,[x]) gegen die der Gläubiger nöthigenfalls Gewalt brauchen dürfte, da der Nexus nicht mehr Proceßsubject, sondern durch die halbe Capitis Deminutio, welche in der Damnation enthalten ist, zum Proceßobject herabgesunken ist. Dieß setzt aber freilich voraus, daß das Recht des Gläubigers unbestritten ist, es fällt aber weg, wenn dieses als nichtig angefochten wird. Nur müssen die Nichtigkeitsgründe, da der damnatus selbst als Proceßobject nicht mehr streiten kann, durch einen Vindex vorgetragen werden. Es entsteht also ein zweiter Rechtsstreit mit dem Vindex, in welchem dem Gläubiger die Vindication des Judicatus oder Damnatus, dem Vindex dagegen die Contravindication zufällt. Dieser Streit ist formell ein eigner Proceß des Vindex,[y]) materiell dagegen ein fremder Proceß, in welchem der Vindex nur als Defensor des Schuldners intervenirt.[z]) Der Klaggrund des Gläubigers ist die Damnation; gegen diese richten sich also die Nichtigkeitsbeschwerden des Vindex; die Manus Injectio enthält nicht den

---

u) [Dionys. VI 83: τὰ σώματα ὑπερημέρων ὄντων ταῖς νομίμοις προθεσμίαις κατέχεται. Nur ein solcher ὑπερήμερος ist ἀγώγιμος. R.]

v) [Die Forma der Manus Injectio erhellt aus Gaius IV 21, welcher zwei Formen unterscheidet, die eine gegen den Judicatus, die andere gegen den Damnatus (sine iudice): quod tu mihi *damnatus* es X milia, quae dolo malo non solvisti, ob eam rem ego tibi X milium *pro iudicato* manus inicio. Diese ging gegen den Nexus (Bd. I § 162). Huschke's (a. a. O. S. 66 Note 76) Zusatz: *iure nexi* (damnatus) ist der manus iniectio pro iudicato fremd und seine Aenderung ad hoc für dolo malo (Ipr. ant. ad h. l.) enthält eine bedenkliche Abschwächung des Rechtsgedankens. R. — Die Handschrift hat quandoc (= quandoque) non solvisti.]

w) [Liv. VIII 28 (von der Lex Pötelia:) ligari nexi desierunt. Festus v. nectere ligare significat. Gai. IV 21: domum ducebatur ab actore et vinciebatur. R.]

x) [Gai. IV 21: nec licebat iudicato manum sibi depellere et pro se lege agere, sed vindicem dabat, qui pro se causam agere solebat. Vgl. von fern L. 2 C. de postlim. (8, 50) L. 3 C. de patria pot. (8, 46). R.]

y) [Gaius III 199 iudicatus vel auctoratus meus. R.]

z) [Boethius ad. top. 2, 10 vindex est qui alterius causam suscipit vindicandum velut quos nunc procuratores vocamus. Er führt wie der Adstipulator den eigenen Proceß im Interesse eines Andern. Die Darstellung des Processes mit dem Vindex ist mit Rücksicht auf Unger's Aufsatz in der Ztschr. für R. G. VII (1868) S. 192—208 in der sechsten Ausgabe geändert worden. R.]

Grund, sondern nur die Ausübung des über den Damnatus zuerkannten dinglichen Rechts des Gläubigers. Siegt der Contravindicant, so wird die Damnation, und mit ihr das dingliche Recht, rückgängig. Unterliegt er, so bleibt er Pfand (Pignus, nicht Fiducia) für seine eigene Schuld. Daher hält der Gläubiger den Nexus in Kost und Arbeit wie einen Knecht, auf den Landgütern arbeiten auch die Schuldknechte in Haufen zu funfzehn,[aa]) gegen die Fugitivi konnten noch größere Freiheitsbeschränkungen nöthig werden,[bb]) im Ganzen aber giebt es unter ihnen eben so wohl soluti als vincti oder clausi (Bd. I § 179 S. 552 ff.) und Nexus heißt der Schuldner, nicht weil er gefesselt, sondern wiefern er gleichsam als persönliches Pfand, als pignori nexus seinem Gläubiger verhaftet ist.

Das Recht der Privatpfändung geht aber noch über die Person des Schuldners hinaus, es erstreckt sich auf dessen Familia, auf Söhne und Enkel, so weit er sie nicht vorher durch Emancipation vor der Verwickelung in sein Unglück bewahrt hatte,[cc]) auf das Vermögen, sofern davon etwas übrig, oder noch in der Schuldknechtschaft erworben ist.[dd]) Natürlich hütet sich der Schuldner, welcher noch bewegliche oder unbewegliche Güter besitzt, sich und die Seinigen der Pfändung auszusetzen, die Schuldgefangenschaft trifft daher nur die Insolventen, der Nexus, welcher den Schuldneraufstand des Jahres 259 veranlaßte, klagt über seinen successiven Ruin in folgender Abstufung: aes alienum — cumulatum usuris primum se agro paterno avitoque exuisse, deinde fortunis aliis: postremo velut tabem pervenisse ad corpus. Da aber auch dem Insolventen noch Trümmer vormaligen Wohlstandes geblieben sein können, so fand sich der Consul Servilius veranlaßt, in das Generalmoratorium, welches er für die Dauer des Kriegs den Schuldnern und Schuldgefangenen ertheilte, die Bestimmung aufzunehmen: ne quis militis, donec in castris esset, bona possideret, liberos nepotesque eius moraretur.

So hat der Gläubiger ein generelles Abductions- und Retentionsrecht[ee]) an der Person und Familia des Schuldners bis zur Zahlung oder was dieser gleich steht. Dieses Recht ist unter den sächlichen Pfandrechten dem Pignus, nicht der Fiducia verwandt, ja an den Sachen des Schuldners ist es ein eigentliches Pignus. Der Schuldner hat also Freiheit, Civität, Ehre, Familiengewalt, Eigenthum dem Recht nach behalten, nur den Besitz dieser Rechte hat er an den Gläubiger verloren, er ist ein liber homo, qui servit, ohne jene Rechte könnte er nicht in den Legionen dienen und der Vindication seines Vindex fehlte jede rechtliche Grundlage. Aber selbst der Besitzverlust ist nur ein zeitweiliger, mit dem Zahlungstage oder der Abfindung des Gläubigers fällt die entzogene Ausübung ohne Rechtsact an den Schuldner zurück.[ff]) Und

aa) [In dem Aufstand der Nexi im Jahre 259 (Liv. II 23) klagt ein Schuldner: ductum se a creditore non in servitutem, sed in ergastulum et carnificinam. R.]

bb) [Liv. VI 15: eximendo de nervo cives nostros, prohibendo iudicatos addictos duci. R.]

cc) [Dionys. VI 26: ἀπήχθην δοῦλος ὑπὸ τοῦ δανειστοῦ σὺν υἱοῖς δυσίν. 29: γένος αὐτῶν ἀπάγειν. R.]

dd) [Liv. II 24. (Bd. I § 179 S. 552 f.) Dionys. VI 29. (Edict des Servilius 259): τὰς τούτων οἰκίας μηδένα ἐξεῖναι μήτε κατέχειν, μήτε πωλεῖν, μήτε ἐνεχυριάζειν. R.]

ee) [Liv. II 24: retinendi ius. Vgl. Bd. I § 179 Note x. R.]

ff) [Varro de lingua lat. VII 105 (Müller): liber qui suas operas in servitutem pro pecunia, quam (quadam? Huschke: qua damnas) debebat, *dum solveret*, nexus vocatur, ut ab aere obaeratus. L. 6 pr. D. quib. mod. pign. (20, 6) Rudorff Zeitsch. für gesch. R. W. XIII S. 168 f. R.]

hier ist es, wo sich der Nexus von dem Mancipatus unterscheidet, welcher in das Ius des Andern übergeht, mit der Behauptung: hunc ego hominem ex iure quiritium meum esse aio isque mihi emtus esto hoc aere aeneaque libra vom Vater oder Coemptionator mancipio empfangen wird (§ 284 Note f, und daher erst durch den juristischen Act der Freilassung die rechtliche Selbständigkeit wieder gewinnen kann, welche Jener niemals verloren hat. Man hat diese Erhaltung der rechtlichen Unabhängigkeit der Nexi auf ein angebliches Zwölftafelgesetz: nexo solutoque forcti sanatique idem ius esto zurückführen wollen. Da sie aber aus ihrer Gleichstellung mit den Judicati ohnehin folgt, so muß für die lückenhafte Stelle, welche uns einige abgerissene Bruchstücke jenes Gesetzes aufbewahrt hat, eine andere Beziehung gesucht werden. Diese fand schon Richard Vitus in einer gewissen Colonien oder latinischen Bundesgenossen gewährten Amnestie, kraft deren das durch ihren Abfall von Rom verwirkte Commercium zurückgegeben wird, so weit es die treugebliebenen besitzen, eine Meinung, die jetzt Huschke auf das sorgfältigste begründet hat.[gg])

Seitdem die Lex Valeria (Bd. I § 162 Note m) die Privatpersonalpfändung auf Judicat und Depensum beschränkt hatte, hörte die executorische Kraft des Nexum auf. Der Nexusschuldner braucht sich im Fall einer Manus Injectio nicht auf das Ius zurückzuziehen, er kann sich ohne Hülfe eines Vindex im Besitz seiner Freiheit behaupten (manum sibi depellere), er kann sich ohne Beschränkung auf eine bloße in duplum revocatio vollständig und gefahrlos in erster Instanz selbst vertheidigen (pro se lege agere). Dadurch löst sich die Manus Injectio pro Judicato in eine In Ius Vocatio auf, erst nach mißlungener Vertheidigung tritt eine Manus Injectio Judicati ein. Die Lex Poetelia über die Judicati (Bd. I § 179) enthielt zwei durch schweren Mißbrauch des Pfändungsrechts gegen einen jugendlichen Nexus veranlaßte[hh]) Bestimmungen über das Nexum. Die eine war transitorisch. Die damaligen Nexi sollten der Haft entlassen sein, sofern sie schwören würden, hinlängliches Vermögen zu besitzen, um ihre Gläubiger zu befriedigen (Bd. I § 162 Note o. q). Die Maßregel bewirkte, daß nur eigentlich Insolvente, deren Retention und Arbeit dem Gläubiger das einzige Befriedigungsmittel bot, der Haft unterworfen blieben.[ii]) Daß unter dieser Haft jener gemilderte Schuldarrest verstanden sein sollte, bei welchem Fluchtversuche nur durch Vincula verhindert werden dürfen, versteht sich nach einem andern Kapitel des Gesetzes, welches die alten schweren Fesseln auf Strafgefangene beschränkte Note w (Bd. I § 162. 179 Note v), von selbst. Von dauernder Wirkung war eine zweite Bestimmung des poetelischen Gesetzes. Sie verbot die Privatpfändung gegen jeden Nexus und nöthigte dadurch den Gläubiger, auch den auf die Vertheidigung, welche die Lex Valeria gestattet, Verzichtenden statt nach seinem Hause vor Gericht zu führen, um einen Abductionsbefehl auszuwirken, den aber der Prätor gegen einen Nexus wie der, welcher die Lex veranlaßte, causa cognita auch verweigern konnte.[kk]) Indem aber so statt der Privatpfändung nur noch der ge-

---

gg) [Vitus ad leges decemvirorum (1597) p. 71: „permittit lex ista forti sanatique ius esse simile in nexu h. e. in obligatione contrahenda." Huschke a. a. O. S. 245—254, welcher bei Festus p. 321, 17. 18 (Müller) restituirt: nexi *mancipiique idem quod p. R.* forti sanati*que supra infraque Romam ius esto.* R.]

hh) [Bd. I § 162 N. o Dionys. fragm. 16, 9 Val. Max. VI 1 § 9 Suidas v. Γάϊος. R.]

ii) [Donat. ad. Terent. Phorm. II 1, 20: obaerati, cum solvendo non essent, ipsi manu capiebantur. R.]

kk) [L. 3 § 4—6 D. de lib. exhib. (43, 30.) R.]

wöhnliche Proceß eintrat, verlor das Geschäft sein vornehmstes Interesse und kam, wo es nicht des Zeugenbeweises wegen beliebt ward, außer Anwendung, wenn es gleich in der Lex Poetelia nicht direct verboten war. Dadurch gewannen die Darlehen ohne Damnatio, sowohl die civilen durch Sponsio, als die naturalen durch einfache Tradition und Stipulation, die längst auch unter Bürgern nicht gefehlt haben werden und bei andern fungibeln Sachen als römischem Geld sogar die einzig möglichen gewesen waren, einen so breiten Raum, daß bald die letzten Spuren des civilen Nexum aus dem wirklichen Leben verschwunden waren. R.][ll])

Im späteren Recht seit dem poetelischen Gesetz war die Klage auf certa pecunia credita, die condictio certi dadurch ausgezeichnet, daß eine sponsio poenalis stattfand auf den dritten Theil der eingeklagten Summe. Diese Klage konnte sich ein Gläubiger durch Stipulation und Fixirung der Forderung auf eine bestimmte Summe verschaffen,[mm]) nach prätorischem Recht auch durch bloßen Vertrag, das Constitutum, bei der actio constitutae pecuniae mußte eine Sponsion auf die Hälfte geleistet werden.[nn]) Dieß galt bloß, wenn eine Geldsumme constituirt war, die Verbindlichkeit aus dem Constitutum wurde aber ausgedehnt auf fungible Sachen überhaupt, jedoch ohne die Sponsio. Justinian erweiterte sie auf alle Gegenstände, nur ist im justinianischen Recht die Sponsio überall weggefallen. Im alten Recht gab es noch eine besondere Klage, wenn ein Argentarius constituirte (z. B. wegen eines übernommenen Depositums) und zwar bei allen Sachen: die recepticia actio.[oo]) Vielleicht kam hier ebenfalls eine Sponsio vor und zwar in allen Fällen, nicht bloß bei pecunia.

Ein Zwang für den Schuldner liegt endlich auch darin, daß er selbst für den Fall der Nichtleistung eine Strafe verspricht: die Conventionalstrafe. Dieß hat den Vortheil, daß der Gläubiger des Beweises des Interesses überhoben wird, das durch die Conventionalstrafe fixirt ist.[pp])

---

ll) [Das Folgende ist aus dem Collegienheft für Institutionenvorlesungen vom Jahr 1843. R.]

mm) Gai. IV 13. 171 Cic. pro Rosc. com. c. 4. Savigny System V S. 532. 611. [Andere Abkürzungen des ordentlichen Processes lagen in der interrogatio in iure (lex rubria c 21), dem Eideszwang und der Execution durch prätorische Zwangsmittel (§ 179 Note x) anstatt der Beweise (Gell. N. A. XIV 2) und der schwerfälligen bonorum venditio des ordentlichen Rechts (§ 269 r. Bd. I § 162 f.). Der Proceß erhielt, da es sich um eine perfidia debitoris handelte, einen mehr inquisitorischen, dem strafrechtlichen sacramento interrogari (Festus v. sacramentum und sacramento p. 344 Müll.) verwandten Charakter. Bei certa pecunia fiel auch die Litis Aestimatio regelmäßig aus (Bd. I § 166 r). Voraussetzung dieser Abkürzungen ist, wie im heutigen Executivproceß, nicht mehr eine executorische Clausel, sondern ein certum, d. h. die Liquidität des Anspruchs sowohl in Ansehung des Grundes (Bd. I § 165 kk), als des Gegenstandes (§ 259 a bis h). R.]

nn) Gai. IV 171 L. 18 § 2 D. de pec. const. (13, 5) Bd. I § 162 f. [Im Interesse des Gläubigers wie des Constituenten erhielt die Sponsio den Vorbehalt: eamque pecuniam, cum constituebatur, debitam fuisse. L. 18 § 1 D. eod., auch bei dem constitutum debiti alieni Gai. III 124, nur der Agentarius wurde vor Justinian im Interesse des öffentlichen Credits mit diesem Einwand zum Separatum (condictio indebiti) verwiesen L. 2 pr. § 2 C. de const. pec. (4, 18). R.]

oo) Theoph. paraphr. IV 6. 8 L. 2 § 1 C. de const. pec. (4, 18). [Schon in der Lex Cornelia § 264 u und beim Eideszwang wurde „pecunia“ auf omnes res bezogen. L. 34 pr. L. 14 L. 36 D. de iureiur. (12, 2). — Eine erschöpfende Darstellung des Zahlungsversprechens mit festem Zahltage, auf den der Gläubiger sich verlassen soll — denn das ist ursprünglich das Constitutum — in seiner ganzen historischen Entwicklung giebt Bruns Zeitschrift für Rechtsgeschichte I (1861) S. 28—131. R.]

pp) [L. 137 § 7 D. de V. O. (45, 1). Diese Selbstschätzung des Interesses gewährt den Vortheil 1) der Klagbarkeit eines Incertum, 2) der Unabhängigkeit von richterlicher Schätzung ins Ungemessene L. 3 D. si quis in ius (2, 5) L. 14 D. si quis caut. (2, 11) L. 25 § 7 D. de

Entstehung der Obligatio.[a]

CCLXX. Die Rechte an Sachen entstehen auf verschiedene Art und sind doch immer dasselbe Recht mit demselben Inhalt. Auch die Obligatio entsteht auf verschiedene Art, aber sie erhält durch die verschiedene Entstehung stets einen verschiedenen Inhalt. Es giebt eine unendliche Menge einzelner Obligationen, jede hat die ihr eigenthümliche Entstehung, eine andere Entstehung begründet eine andere Obligatio (Bd. I S. 521 f.). Daher werden die Obligationen nach ihrer Quelle benannt, ohne diese läßt sich die besondere Obligatio gar nicht bezeichnen.

Die einzelnen Entstehungsarten lassen sich auf allgemeine Classen zurückführen. Zuerst ist das Formelle derselben darzustellen. Vor allem muß unterschieden werden: absichtliche Hervorbringung und unwillkürliche Entstehung. Diese letzte geschieht theils ohne alle Handlung, theils durch Handlungen, die aber nicht in dieser Absicht vorgenommen zu sein brauchen: Rechtsgeschäfte oder unerlaubte Handlungen. Also entstehen die Obligationen: 1) durch Rechtsgeschäfte mit und ohne diese Absicht, 2) aus unerlaubten Handlungen, 3) durch Zustände, z. B. Besitz einer Sache, Bereicherung.

Gaius in den Institutionen unterscheidet contractus und delicta. Contractus sind überhaupt obligatorische Geschäfte, im engeren Sinne die absichtlich hervorgebrachten, die Institutionen Justinian's setzen noch hinzu Quasicontracte. Ebenso bei den Delicten Quasidelicte. An einem andern Orte ferner Gaius:[b] contractus, delicta, variae causarum figurae, dieß ist eine Vervollständigung jener Eintheilung durch einen generellen Zusatz, der alle anderen Fälle, z. B. die Entstehung durch Zustände, begreift.

Die Entstehung kann von ihrer materiellen Seite betrachtet werden, von der Seite des Einflusses der Entstehung auf den Inhalt. Auch in dieser Beziehung ist ein natürlicher Gegensatz von Geschäftsobligationen, die den Bedürfnissen des Verkehrs genügen, und Delictsobligationen, die nur als Hülfe für eine Rechtsverletzung, also zum Schutz anderer Rechte existiren.

Allen Geschäftsobligationen liegt ein credere zu Grunde, ein Anvertrauen eines Vermögensbestandtheils, der dem Gläubiger gebührt, der aber für jetzt in die Macht des Schuldners gestellt ist, und der dem Gläubiger erst werden oder wieder werden soll durch Vermittlung des Schuldners.

Je mehr nun der Gläubiger auf die Vermittlung des Schuldners gestellt ist, je vollständiger das, was ihm werden soll, aus der unmittelbaren Herrschaft des Gläubigers herausgetreten ist, desto vollkommener ist das credere, desto mehr ist aber auch eine strenge Rechtshülfe Bedürfniß. Daher sind ausgezeichnet die Obligationen, welche auf einem dare beruhen, auf dem Uebergang des Eigenthums an den Schuldner, der zur Rückgabe verpflichtet ist, also einem Verlust der Vindication. Dieß ist res credita im vollständigsten und eigentlichen Sinn*), daraus entsteht die condictio. Es giebt aber Geschäfte, die auch ohne eigentliches dare den Schuldner in dieselbe Lage stellen, stipulatio und

---

rec. arb. (4, 9) L. 71 D. de V. O. (45, 1), welcher erst Justinian in L. un. C. de sent. q. pro eo quod interest proferuntur (7, 47) eine gesetzliche Schranke setzte, 3) der Möglichkeit einer Leistung zu Gunsten oder zu Lasten dritter Personen L. 38 pr. § 3 D. de V. O. (45. 1) § 19 I. de inutilib. stip. (3, 19) Gai. 3, 103. 104. R.]

a) Gaius III 88—162. 182—225 Inst. III 14—28 IV 1—5.

b) L. 1 pr. D. de obl. et act. (44, 7).

*) [Vgl. Jhering der Zweck im Recht I (1877) S. 166 ff.]

litterae. Daher ist die res credita mit der condictio entweder data oder stipulata oder expensa lata.[c])

Diesen gegenüber stehen die Geschäfte, bei denen zwar auch ein Vermögensbestandtheil dem Schuldner anvertraut ist, aber so, daß er zu complicirteren Leistungen verpflichtet wird, und bei denen zugleich Verpflichtungen des Gläubigers eintreten, z. B. fiducia, Führung fremder Geschäfte, Societät, Kauf ꝛc. Dieß sind die bonae fidei obligationes.[d])

---

c) Cic. pro Rosc. com. c. 5: pecunia petita est certa — haec pecunia necesse est, aut data aut expensa lata aut stipulata sit. [Eine kürzere, gleichfalls sehr alte Bezeichnung derselben Begriffe ist: res, verba, litterae. Terent. Ad. II 1. 9 Cic. ad fam. VII 17: (an Trebatius) et mihi saepe litteris significavit et tibi et verbis et re ostendit. L. 2 § 5 D. de R. C. (12, 1): verbis quoque credimus, quodam actu ad obligationem comparandam interposito, veluti stipulatione. Eben so das 1866 entdeckte spanische Fiduciar-Formular aus dem ersten Jahrhundert C. I. Lat. II p. 700 No. 5042 v. 7 quam pecuniam L(ucio) Baiano dedit dederit, credidit crediderit, expensumve tulit tulerit, sive quid pro eo promisit promiserit, spopondit (ausgefallen ist spoponderit) fideve quid sua esse iussit iusserit. Als bloßes Schema enthält dasselbe eine vollständige Aufzählung zuerst der principalen, dann der accessorischen Hauptfälle der condictio certae pecuniae aus Rechtsgeschäften unter Lebenden in derselben Ordnung, wie sie ein Jahrhundert später bei Gaius III 90—134 erscheinen, welcher indessen die accessorischen § 115—127 in die verborum obligatio einschaltet. Ueber die geschichtliche Ausbildung der Condictionen vgl. Savigny System V § 218—220 Beil. XIV Bethmann-Hollweg Civ.-Pr. II (1865) S. 271 f., Bekker Actionen I (1871) Kap. V—VII S. 93—168. Savigny's Ableitung aller Condictionen aus den Repetitionen ist unhaltbar: der petitio z. B. der Stipulation liegt kein fingirtes Darlehen zum Grunde. Vielmehr war der Verlauf der Entwicklung folgender: der Condictionenproceß für ein certum war durch die lex silia und calpurnia lediglich nach dem Object bestimmt. Aufgabe des ius civile war daher zunächst die darunter fallenden Entstehungsgründe (causae) zu fixiren. Dieß geschah theils für die Fälle autonomer Uebertragung (datio) theils für die gesetzliche Verpflichtung z. B. Bereicherung nach der Rechtsregel L. 32 D. de r. c. (12, 1) natura aequum est neminem cum alterius damno locupletiorem fieri L. 14 D. de cond. indeb. (12, 6) Furtum nach der Rechtsregel suum petentibus error iuris non nocet L. 7 D. de iur. et facti ign. (22, 6). Es blieb hiernach nur noch die Ausdehnung auf ein incertum zu bestimmen. Man streitet, ob die erweiterten Condictionen auf die legis actio per condictionem oder per iudicis postulationem zurück zu führen seien. Für Ersteres pflegt man außer Gaius IV 33 anzuführen, daß alle einseitigen Klagen auf dare oportere Condictionen heißen (Gaius IV 5. 18. 33 L. 35 pr. D. de O. et A. 44, 7) und daß die incerti condictio mit den individualisirten Geschäftsklagen concurrirt, so Demelius Ztschr. für R. G. II S. 236 f., Bekker Actionen I S. 154 f. Andererseits aber sollen doch wiederum die bonae fidei actiones in früherer Zeit durch legis actio per iudicis postulationem vertreten sein (Bekker S. 148 Note 44), diese enthalten aber nur die incerti actio mit einem Zusatz. Hiernach würde also das simplex jünger sein als das Compositum. Wahrscheinlich ist daher die incerti actio mit beiden Legis Actionen durch die litis aestimatio vermittelt, so namentlich in dem publicistischen Repetundenprocesse, und als die Legis Actionen in die Formeln übergingen und lege agere nur noch allgemein eine Rechtshandlung bedeutete (Bekker Ztschr. für R. G. II S. 341 f.), trat eine Verschmelzung ein, indem beide Legis Actionen durch die Jurisprudenz in die incertae actiones verarbeitet wurden, welche theilweise auch im Edict (cf. ed. perpetuum 1869 § 78 p. 91 § 173 p. 157) proponirt sind. Selbst die condictio certae pecuniae hat durch das Medium der Conventionalstrafe, die später weggelassen wurde, auf die Ausbildung der incerti actio eingewirkt § 7 I. de V. O. (3, 16) L. 137 § 7 D. eodem L. 11 D. de stip. praet. (46, 5) Bethmann-Hollweg Civ.-Pr. II (1865) S. 267. R.]

d) [Diese contractus im engsten Sinn sind Rechtsgeschäfte aequo iure, d. h. mit gegenseitigen Obligationen L. 5 § 2 D. commod. (13, 6) L. 23 D. de R. I. (50, 17) Gai. III 137. Die Ausbildung erfolgte durch die Juristen: Cic. top. 66 in omnibus — iudiciis in quibus EX FIDE BONA est additum — parati esse debent (iurisconsulti). illi enim dolum malum, illi fidem bonam, illi aequum bonum — tradiderunt. de off. 3, 51 a iuris consultis etiam reticentiae poena est constituta. de off. 3, 15 § 61 atque iste dolus malus etiam legibus erat vindicatus — et sine lege iudiciis quibus additur EX FIDE BONA d. h. auch ohne ausdrückliches Gesetz durch Juristenrecht vgl. Arndts österr. V. J. Schr. XVII S. 188 L. 152 § 3 D. de R. I. (50, 17) contractus quibus BONA FIDES inest. Ueber die Ausbildung der b. f. negotia, actiones, iudicia vgl. Savigny System V § 218—220, Bethmann-Hollweg Civ.-Pr. II (1865) § 94, Bekker Actionen I (1871) Kap. 8 S. 160 f. R.]

Von den obligatorischen Rechtsgeschäften.

CCLXXI. Die Rechtsgeschäfte, wodurch eine civilis obligatio hervorgebracht wird, heißen contractus. Insonderheit die, deren Absicht auf diese Wirkung gerichtet ist. Von Rechtsgeschäften, deren Zweck gerade diese Wirkung nicht ist, die also diese Absicht in dem Handelnden nicht voraussetzen, z. B. Antritt der Erbschaft, die Vormundschaft, Führung fremder Geschäfte ohne Auftrag, wird gesagt: obligatio quasi ex contractu nascitur.

Bei den Contracten ist Inhalt und Form zu unterscheiden.

Die Contracte haben eine Uebereinkunft in sich, einen Vertrag, conventio, pactio, sie sind Verträge. Vertrag ist die erklärte Uebereinstimmung Mehrerer in die Einwirkung auf Rechtsverhältnisse oder deren Hervorbringung.[a] Das Rechtsverhältniß kann eine Obligatio sein, und zwar eine hervorzubringende (obligatorische Verträge; es giebt auch liberatorische, ja Verträge, die sich gar nicht auf eine Obligation beziehen, z. B. der hypothekarische Vertrag, Bestellung der Servitut, Ehevertrag).

Die nähere Zergliederung dieses Begriffs giebt folgende Erfordernisse: 1) Abschließung von mehreren Paciscenten, von denen der eine verpflichtet, der andere berechtigt werden soll, oder beide gegenseitig berechtigt oder verpflichtet, gegenseitige Verträge; 2) Uebereinstimmung, consensus, wo kein Consens über die wesentlichen Punkte des Vertrags vorhanden ist, existirt kein Vertrag. So wenn über den Gegenstand, über die Identität der Person dissentirt ist. 3) Erklärung der Uebereinstimmung, Einwilligung: Versprechen und Acceptation. Ein bloßes Versprechen, pollicitatio, bringt keine Obligatio hervor.[b] Nur ausnahmsweise hat das ius civile ihr in gewissen Fällen eine Wirkung beigelegt; der Hauptfall ist die pollicitatio an eine res publica.[c] Der Vertrag ist perfect, wenn die Einwilligung über alle wesentlichen Punkte vollständig erfolgt ist. Die vorhergehenden Verhandlungen, bloße Tractate sind nicht verbindlich. Eine Conventio ist möglich nicht bloß durch ausdrückliche Willenserklärung (förmliche oder formlose), sondern auch durch stillschweigende, oder andere Handlungen, die nicht ausschließlich die Absicht der Erklärung haben. 4) Dem Versprechen muß eine materielle Causa zu Grunde liegen: Schenkung, Vergeltung, Tilgung einer bestehenden Obligatio. Ohne eine solche causa debendi entsteht auch nach Jus Gentium keine Obligatio aus dem Vertrag.[d] Daher ein Schuldschein, worin die Causa nicht ausgedrückt ist, nicht beweist.[e]

Der bloße Vertrag aber, das pactum, ist mit Ausnahme einiger Fälle

---

a) Duorum pluriumve in idem placitum consensus L. 1 § 2. 3 D. de pact. (2, 14).

b) Paul. sent. V 12, 9: ex nuda pollicitatione nulla actio nascitur.

c) D. L. 12 de pollicitationibus. [Das Wort scheint nicht mit liceri, sondern mit pollucere verwandt. Plaut. Stich. I 3. 80 uti decumam partem Herculi polluceam. Vgl. L. 2 § 2 L. 9 h. t. Daraus erklärt sich die Gleichstellung mit dem Gelübde und die Klagbarkeit. R.]

d) [Gegen diese besonders durch Liebe die Stipulation 1840 S. 76 f. in Aufnahme gekommene Vorstellung vgl.: Windscheid die Lehre von der Voraussetzung 1850 S. 198 Note 7. R.]

e) L. 25 § 4 D. de probat. (22, 3). [Diese Stelle gehört jedoch erst der spätesten Zeit an, da sie offenbar aus L. 13 C. de non num. pec. (4, 30) (von Justin) interpolirt ist: man wollte das Recht der non numerata pecunia, nach welchem bei Darlehnsurkunden der Gläubiger die numeratio beweisen muß, auf alle Schuldurkunden überhaupt ausdehnen, in welchen die causa nicht ausgedrückt ist. Windscheid a. a. O. S. 202 u. Pandekten § 412 b. R.]

nicht hinreichend, eine obligatio hervorzubringen.[f]) Der Vertrag muß die Eigenschaft eines Contracts erhalten, um eine klagbare Obligatio zu erzeugen. Diese Eigenschaft liegt in der Form, die formelle causa obligationis macht den Vertrag zum contractus (causa civilis). Die Contractsformen sind theils eigenthümlich römische, theils allgemeiner Natur, dem Jus Gentium zugeschriebene. Hiernach sind die Contracte entweder iuris civilis oder iuris gentium. Der praktische Unterschied liegt darin, daß der letzteren die Peregrinen fähig sind. Im justinianischen Recht hat dieser Unterschied keine Bedeutung mehr, während der Grundsatz, daß ein bloßes Pactum nicht zu einer klagbaren Obligatio hinreicht, geblieben ist.

Es giebt vier Formen klagbarer Contracte: res, verba, literae, consensus. Einige dieser Formen sind allgemein für alle causae debendi anwendbar, verba, literae (formelle Contracte), wenige dagegen sind von der Beschaffenheit, daß ihre Anwendbarkeit auf gewisse Obligationen (mehr oder weniger) beschränkt ist: res, consensus.

CCLXXII. Obligationen können re contrahirt werden, so daß die Leistung eines Gegenstands der formelle Grund der Forderung einer andern Leistung ist.[a])

Die Res kann sein Mancipation einer Sache, mit einer dieselbe betreffenden Uebereinkunft: 1) Verpflichtung zur Remancipation an den Mancipanten, Fiducia, hieraus entsteht die fiduciae actio, welche bonae fidei ist. So im Fall der Verpfändung, des Depositum, Commodatum u. s. w. Auch eine contraria fiduciae actio für den Empfänger.[b]) 2) Verpflichtung zu sonstigen Leistungen, die den mancipirten Gegenstand betreffen, entweder des Empfängers oder des Gebers, z. B. Verpflichtung des Verkäufers wegen Eviction und Mängel. Diese Obligationen waren in den Zwölf Tafeln besonders sanctionirt

---

f) L. 1 § 2 D. de V. O. (45, 1): Si quis ita interroget, dabis? responderit: quidni? is utique in ea causa est, ut obligetur. Contra, si sine verbis adnuisset. Non tantum autem civiliter, sed nec naturaliter obligatur, qui ita adnuit: et ideo recte dictum est non obligari pro eo nec fideiussorem quidem. L. 7 § 4 D. de pact. (2, 14): nuda pactio obligationem non parit, sed parit exceptionem. Ueber die Frage: ob nicht wenigstens eine naturalis obligatio entstehe? welche meistens bejaht wird, vgl. Savigny Obl.-Recht I § 9. R.]

a) Gaius III 90. 91. Inst. III 14 quibus modis re contrahitur obligatio. [Brinz Krit. Blätter Nr. 1 (1852) S. 31 hat das Verdienst, die gangbare Vorstellung, nach welcher die Res Contractsform oder doch Perfectionsact sein soll (Liebe Zeitschr. für Civilr. und Proc. 1841 S. 210 f.) durch Hinweisung auf die lex dationis L. 8 D. P. V. (19, 5) L. 3 C. de contr. emt. (4, 38) L. 9 C. de don. (8, 53) u. a. berichtigt zu haben. Die Res ist keine Form, durch welche der Vertragswille klagbar oder vollendet würde, sondern eine Zuwendung, welche durch die anerkannte causa individualisirt und, wenn dieselbe auf Vertragsschließung gerichtet ist, zum klagbaren Contract wird. Plautus Asin. I 3, 81 III 3. 43. 135 Mostell. 2, 1, 12—13 L. 7 § 2. 5 L. 17 pr. L. 45 L. 48 (Gai. lib. 3 ad legem XII tabularum: In traditionibus (mancipationibus?) rerum quodcumque pactum sit id valere manifestissimum est) D. de pact. (2, 14) L. 7 D. de R. C. (12, 1): Omnia quae inseri stipulationibus possunt eadem et possunt numerationi pecuniae, et ideo et condicio. L. 11 § 1 D. eodem L. 20 § 1 D. de pact. dot. (23, 4) L. 10 C. de pact. (2, 3) L. 1 C. de pact. conv. (5, 14). Ueber die geschichtliche Entwicklung der Realcontracte stellt Ubbelohde zur Geschichte der benannten Realcontracte auf Rückgabe derselben Species (1870) S. 15. 63 die Vermuthung auf, daß diese Contracte aus der Fiducia, diese aber aus der Lehre von der culpa in non faciendo hervorgegangen sei. Vgl. auch Bekker Aktionen I (1871) S. 119—135. R. — Ueber den gemeinsamen Charakter der Realcontracte vgl. Bechmann Kauf I (1876) S. 330 ff.).

b) Paul. sent. II 13, 7.

durch Strafe des duplum auf Ableugnung.[c]) Diese beiden Fälle sind contractus iuris civilis.

Die Res kann aber auch ein Hingeben ohne civilrechtliche Form, namentlich Tradition einer Sache sein, wobei eine Leistung von Seiten des Empfängers versprochen wird (das Versprechen begründet wegen der res eine civilis obligatio). Diese Geschäfte sind contractus iuris gentium. Am ersten ist dieß angenommen worden für das Versprechen der Zurückgabe des Empfangenen. Es giebt vier Fälle, die einen bestimmten Namen im Ius civile haben und daher benannte Realcontracte heißen: mutuum, commodatum, depositum, pignus.

Mutuum, Darlehen,[d]) ist Hingeben von fungiblen Sachen auf Rückgabe einer gleichen Quantität derselben Gattung. Der Empfänger wird Eigenthümer, ohne dieß entsteht die Verbindlichkeit nicht.[e]) Die Klage ist bei Geld die condictio certi, bei Getreide condictio triticaria. Sie ist eine stricti iuris actio, daher ist beim verzinslichen Darlehen ein besonderer Zinscontract nöthig. Sie ist strengeinseitig, es wird gegen sie keine contraria actio gegeben. Ein S. C. macedonianum unter Claudius gab gegen die Klage aus dem Gelddarlehen an einen Filiusfamilias eine exceptio, die jedoch eine naturalis obligatio zurückläßt.[f]) Das Senatusconsult cessirt in manchen Fällen, z. B. Einwilligung des Vaters,[g]) Irrthum des Gläubigers über jene Eigenschaft seines Schuldners.[h]) Nach Theophilus hatte es von einem Vatermörder Macedo den Namen.[i]) Man könnte sagen, ein Filiusfamilias könne keine

---

c) Cic. de off. III 16: ac de iure quidem praediorum sancitum est apud nos iure civili, ut in his vendendis vitia dicerentur, quae nota essent venditori. nam, cum ex XII tabulis satis esset ea praestari, quae essent lingua nuncupata, quae qui infitiatus esset, dupli poenam subiret, a iureconsultis etiam reticentiae poena est constituta. quidquid enim esset in praedio vitii, id statuerunt, si venditor sciret, nisi nominatim dictum esset, praestari oportere — 17: nec vero in praediis solum — sed etiam in mancipiorum venditione fraus venditoris omnis excluditur: qui enim scire debuit, de sanitate, de fuga, de furtis praestat edicto aedilium. Paul II 12, 11. (Note r). [Vgl. Bd. I § 173 Note p].

d) Gai. III 90. Paul. II 1. Dig. XII 1: de rebus creditis, si certum petatur et de condictione. Cod. IV 1: de rebus creditis et iureiurando. [Bei Plautus ist mutuum das zinslose Darlehen unter Freunden, es hat sich vom commodatum noch nicht streng geschieden. Das Zinsgeschäft geht durch Trapeziten oder Danisten und heißt fenus, mit executorischer Clausel nexum. Das mutuum ist weder *blos* international, noch *siculisch*, wie Mommsen R. G. I 146 Voigt ius naturale II S. 646 annehmen. Vgl. Demelius in der Zeitschrift für R. G. II S. 218 f. R.]

e) Varro de ling. lat. V 179 (Müller): si datum quod reddatur, mutuum quod Siculi μοῖτον. L. 2 § 2 D. eod.: appellata est autem mutui datio ab eo, quod de meo tuum fit, et ideo si non fiat tuum, non nascitur obligatio. [Es kann freilich auch ohne Eigenthumsübergang creditirt werden z. B.: durch Zahlungs- und Creditanweisung (delegatio) und Umschreibung (transscriptio, perscriptio) L. 2 § 5 D. eodem: Verbis quoque credimus, quodam actu ad obligationem comparandam interposito veluti stipulatione. Plaut. Asin. II 4, 34 Truc. IV 2, 36 Terent. Phorm. V 7, 28 Cic. Att. IV ult. IX 12 XII 51 Flacc. 19, 30 de or. I 58 Liv. 35, 7. Doch galt dieß mit Rücksicht auf jene Ableitung als eine Singularität L. 15 D. h. t.: Singularia quaedam recepta sunt circa pecuniam. nam si tibi debitorem meum iussero dare pecuniam, obligaris mihi, quamvis meos nummos non acceperis — hoc et in eadem persona recipiendum est, ut, cum ex causa mandati pecuniam mihi debeas et convenerit ut crediti nomine eam retineas, videatur mihi data pecunia et a me ad te profecta. Nur wird allemal ein Vermögensübergang vorausgesetzt: credere und deponere werden einander entgegengesetzt. R.]

f) Dig. XIV 6: de S. C. macedoniano. Cod. IV 28 ad S. C. macedonianum. [Mandry Familiengüterrecht I (1871) § 47—51.]

g) L. 2 § 7 pr. C. eodem. *h*) L. 3 pr. § 1 L. 19 D. eodem.

i) Theophilus § 7 Inst. quod cum eo (4, 7).

Darlehensobligation eingehen, da er nicht Eigenthum erwerben kann. Allein das Mutuum ist iuris gentium und iure gentium sind die Filiifamilias eigenthumsfähig. Indem man vielleicht bald von jenem Satz abging, machte man nachher das Senatusconsult nothwendig. So nahm man von dem Senatusconsult die bona castrensia aus, da sie auch von jener civilrechtlichen Unmöglichkeit des Darlehens ausgenommen waren.[k])

Commodatum, Leihcontract, ist Tradition einer Sache zu bestimmtem unentgeltlichen Gebrauch auf Rückgabe derselben Species.[l]) Der Empfänger heißt commodatarius. Derselbe Contract ist das utendum dare, Labeo braucht jenen Ausdruck nur von beweglichen Sachen, die späteren auch von unbeweglichen.[m]) Der Commodatar wird nicht Eigenthümer, sondern nur Detentor. Die Klage ist die actio commodati. Sie ist eine bonae fidei actio, dem Empfänger steht eine contraria, z. B. wegen außerordentlichen Aufwands zu.[n])

Das Depositum, Hinterlegungscontract,[o]) wird geschlossen durch Tradition einer beweglichen Sache, damit der Depositar sie bei sich stehen lasse. Der Depositar wird natürlicher Besitzer. Die Rückgabe kann zu jeder Zeit gefordert werden. Aus dem Depositum entsteht die actio depositi, die bonae fidei ist und welcher eine contraria z. B. wegen Verwendung gegenüber steht.[p]) Die depositi actio geht auf das duplum bei Ableugnung des Depositum im Fall einer gemeinen Noth nach prätorischem Edict[q]) (nach Civilrecht nur bei dem Depositum durch Mancipation, wovon natürlich gerade in jenem Fall kein Gebrauch gemacht werden konnte).[r])

---

k) L. 1 § 3 L. 2 D. de S. C. mac. (14, 5).

l) Dig. XIII 6: commodati vel contra. Cod. IV 23: de commodato. [Agroet. p. 2274 (Putsch) commodamus amico pro tempore hanc ipsam rem quam dedimus recepturi. R.]

m) L. 1 § 1 D. eodem. Vat. fragm. § 269.

n) L. 17 § 1 L. 18 § 2—4 D. eodem.

o) Collat. X Dig. XVI 3. Cod. IV 34: depositi vel contra. [In der lex Iulia municipalis vom Jahr 709 und bei Cic. de nat. deor. 3 ,10, 74 de off. 3, 17, 70 top. 10, 42 vom Jahr 710 fehlt dieß Depositum noch. R.]

p) Gai. IV 47.

q) L. 1 § 1 D. depositi (16, 3): Praetor ait: quod neque tumultus, neque incendii, neque ruinae, neque naufragii causa depositum sit, in simplum: earum autem rerum, quae supra comprehensae sunt, in ipsum in duplum: in heredem eius, quod dolo malo eius factum esse dicetur, qui mortuus sit, in simplum, quod ipsius, in duplum iudicium dabo.

r) Collatio X 7 § 11 (Paul. sent. II 12 § 11): ex causa depositi lege duodecim tabularum in duplum actio datur, edicto praetoris in simplum. [Vgl. Huschke in der Zeitschr. für gesch. Rechtswiss. XIII S. 276—280 Rudorff daselbst XIV S. 457—463. Das älteste Recht behandelte die infitiatio depositi wie ein furtum nec manifestum (womit jedoch nicht gesagt sein soll, daß beide Klagen identisch waren, wie Ihering Schuldmoment S. 32 annimmt), erst die ausgebildete Rechtswissenschaft unterschied beide Begriffe L. 67 pr. D. de furtis (47, 2). Der Grund liegt wie bei der actio de rationibus distrahendis in der eminenten Perfidie (Ubbelohde benannte Realcontracte 1870 § 19 S. 34 f.), mit der processualischen Verschiedenheit der actiones in ius und in factum conceptae, welche neuere Schriftsteller, z. B. Thon Ztschr. für R.-G. II 218, Ascher Ztschr. für Civilr. u. Proc. N. F. XXII S. 266—310, Ihering Schuldmoment S. 30 f., Dernburg Compensation S. 517. 597 f. damit in Verbindung gebracht haben, steht er in keinerlei Beziehung (Ubbelohde S. 65 f.). Dieser Gegensatz bezieht sich vielmehr nur auf die Legitimation der Hauskinder L. 18 § 1 D. de iud. (5, 1) L. 9 L. 13 D. de O. et A. (44, 7) L. 19 D. depositi (16, 3). Dagegen freilich Ubbelohde § 15 S. 28, vgl. aber Bethmann-Hollweg C. Pr. II § 96 S. 323 f., der das praktische Interesse dieses Hauptzweckes doppelter Formeln hervorhebt. R.]

Pignus, Pfandcontract,[s]) ist Tradition einer Sache zum Faustpfand auf Rückgabe bei Endigung des Pfandrechts, oder wenn diese nur am Gläubiger liegt. Der Empfänger erhält den juristischen Besitz, keine Benutzung. Ist der Vertrag dahin geschlossen, so heißt er ἀντίχρησις, wo eine Art Zinsen, ein Aequivalent für die Benutzung des Geschuldeten gegeben wird.[t])

Später wurde die Contractsform durch Res weiter ausgedehnt. Man sollte sie überall anwenden können, wo von beiden Seiten etwas geleistet werden soll, ohne daß es unter den Begriff eines bestimmten Contracts fällt, auch wo das Geschäft nicht in proprium nomen contractus transit. Jene Uebereinkunft wird dadurch klagbar, daß von einer Seite geleistet wird.[u]) Der Leistende hat eine Klage auf die Gegenleistung, eine actio in factum praescriptis verbis (praescriptis verbis statt der Demonstratio, Bd. I § 166); in zwei Fällen, die nach Analogie des Kaufs behandelt werden, ist dieselbe eine bonae fidei actio. Dieß sind die contractus quorum appellationes nullae iure civili proditae sunt, unbenannte Realcontracte. In L. 5 D. de praescr. verbis (19, 5) kommt folgendes Schema vor:

1) Do ut des, z. B. rerum permutatio, Tauschvertrag, Contractus aestimatorius, es wird eine Sache gegeben mit Aestimation, so daß der Empfänger die Sache oder den Werth zurückbringe. Diese beiden Fälle sind bonae fidei actiones.

2) Do ut facias, z. B. ich gebe jemand eine Sache, daß er mir einen Dienst leiste (ohne daß es locatio conductio ist) oder sonst etwas thue, z. B. einen Sclaven freilasse, überhaupt Alles, was nicht dare ist.

3) Facio ut facias, Leistung und Gegenleistung bestehen hier in reinem Thun überhaupt, nicht in Uebertragung des Eigenthums (dare).

4) Facio ut des. Hier war eine Controverse unter den römischen Juristen. Einige verweigerten hier die actio praescriptis verbis, und gestatteten nur die actio de dolo, andere gaben sie auch außer dem Fall des dolus.[v])

Es giebt noch eine Classe von Obligationen, die re entstehen, aber ohne daß die Leistung, die gefordert werden kann, versprochen worden ist.[v*]) Wenn etwas aus unserm Vermögen in das Vermögen eines andern übergegangen ist, sein Eigenthum geworden ist, durch unser Zuthun, oder ohne dasselbe, so daß er es ohne rechtlichen Grund hat, so haben wir eine condictio auf Rückgabe. Die Verbindlichkeit gründet sich nicht auf ein Versprechen, ist also nicht obli-

---

s) Dig. XIII 7. Cod. IV 24: de pigneraticia actione vel contra. [Ein anderes Geschäft ist pignus als Wetteinsatz (Rudorff Ztschr. für gesch. Rechtswiss. XIII 195 f.) und arrabo als Anzahlung des Kaufpreises gedacht. Letztere ist nur nebenher Unterpfand für die Restzahlung. Plautus Most. III 1, 116; 3. 15. IV 2, 61 f. Demelius Ztschr. für R.-G. II 229, Bekker Actionen I (1871) S. 104 Note 14. R.]

t) L. 11 § 1 D. de pign. (20, 1).

u) L. 7 § 2. 4 D. de pact. (2, 14): sed et si in alium contractum res non transeat, subsit tamen causa, eleganter Aristo Celso respondit, esse obligationem — sed cum nulla subest causa propter conventionem, hic constat non posse constitui obligationem.

v) [Vermuthungen über die Ausbildung der praescriptis verbis actio s. bei Liebe die Stipulation (1840) S. 346 und Zeitschr. für Civilr. und Proceß XV S. 194 f., Accarias théorie des contrats innommés, dazu A. Pernice Krit. Vierteljahrsschrift X S. 68 f. Die Verweigerung der actio praescriptis verbis in dem vierten Falle scheint darauf zu beruhen, daß es bei dem facere an einem legare suae rei fehlte, ein Grund, der freilich auch den dritten Fall treffen würde. R.]

*v**) [Vgl. M. Voigt die condictiones ob causam 1862, Bekker Aktionen I S. 112 ff., A. Pernice Labeo I S. 418 ff.]

gatio ex contractu, sondern auf das rechtlose Haben. So, wenn jemand etwas gegen eine zu erwartende Gegenleistung gegeben hat, ob rem, ob causam futuram, und diese erfolgt nicht, so hat er die condictio ob rem datorum, die condictio causa data causa non secuta.[w]) Dieser Fall tritt ein bei jenen Innominatcontracten, so lange die Gegenleistung nicht geschehen ist. Der Geber hat die Wahl, ob er auf das Versprochene mit der actio praescriptis verbis klagen (das Verhältniß als Contract behandeln) will, oder ohne auf den Contract Rücksicht zu nehmen, aus dem Grund klagen will, daß der Empfänger das Geleistete rechtlos hat: er kann sich den Contract gereuen lassen, was bei andern Contracten nicht einseitig geschehen kann.[x]) Ferner wenn etwas ob causam futuram gegeben ist, aber die Geltendmachung der causa eine Unsittlichkeit für den Empfänger wäre, so ist es gleichviel, ob sie eingetreten ist oder nicht, der Geber hat hier die condictio ob turpem causam.[y]) Sodann hat bei der indebiti solutio, wenn ein entschuldbarer Irrthum stattgefunden hat, der Zahlende die condictio indebiti. Dieß ist der einzige Fall, wo ob falsam causam praeteritam Repetition eintritt.[z]) Wenn jemand sein Vermögen durch Delict auf Kosten anderer vermehrt hat, so wird die condictio ob iniustam causam gegeben.[aa]) Eine condictio ex lege findet Statt, wenn der Grund der Rechtlosigkeit in einer Lex liegt. Z. B. lex Cincia.[bb]) Für andere Fälle der Grundlosigkeit tritt suppletorisch die condictio sine causa ein.[cc]) Alle Condictionen setzen voraus, daß der Kläger nicht mehr Eigenthümer, das Eigenthum auf den Empfänger übergegangen ist. Dieß hat eine Ausnahme bei der condictio furtiva, wo die Klage stattfindet, obgleich der Bestohlene noch Eigenthümer ist.[dd])

Diese Klagen sind stricti iuris actiones, doch dadurch ausgezeichnet, daß sie auch auf die Früchte der Sache gehen, die ja auch sine oder ex iniusta causa im Vermögen des Beklagten sind.[ee])

CCLXXIII. Ferner kann eine Obligatio verbis contrahirt werden. Jeder Vertrag kann diese Form annehmen, nur nicht gegenseitige Verträge als solche.

Die älteste verborum obligatio ist das Nexum (im weitesten Sinne).[a]) Die Zwölf Tafeln enthalten den Satz: cum nexum faciet mancipiumque, uti

---

w) Dig. XII 4: de condictione causa data causa non secuta. Cod. IV 6: de condictione ob causam datorum. [Wendt Neurecht und Gebundenheit bei Rechtsgeschäften I 1878.]

x) L. 3 § 2 D. eodem: Sed si tibi dedero, ut Stichum manumittas, si non facis, possum condicere, aut si me poeniteat, condicere possum.

y) Dig. XII 5: de condictione ob turpem vel iniustam causam. Cod. IV 7: de condictione ob turpem causam.

z) Dig. XII 6 Cod. IV 5: de condictione indebiti.

aa) Dig. XII 5 Cod. IV 9.

bb) L. un. D. de cond. ex lege (13, 2): si obligatio lege nova introducta sit, nec cautum eadem lege, quo genere actionis experiamur, ex lege agendum est. [Was legis vicem hat, wie das Senatusconsult, steht der lex gleich L. 9 § 1 D. de reb. cred. (12, 1). Der Begriff der lex nova bezieht sich jedoch nicht, wie der Vf. anzunehmen scheint, auf jede lex, sondern nur auf die dem alten Gewohnheitsrecht und dessen Codification in den 12 Tafeln, so wie dem Gerichtsgebrauch des Edicts entgegengesetzten neuern Gesetze, die den zweiten Abschnitt der Digesten der römischen Juristen bilden, vgl. Dig. 38, 14 ut ex legibus senatusve consultis bonorum possessio detur. R.]

cc) Dig. XII 7 Cod. IV 9.

dd) Gaius IV 4 § 14 Inst. de act. (4, 6).

ee) L. 38 § 1—3 D. de usur. (22, 1).

a) [Vgl. über diese Frage Huschke Recht des Nexum S. 25—27.]

lingua nuncupassit, ita ius esto. [b]) Es genügt also nicht die bloße Nuncupatio, es muß das Nexum, Aes et Libra, fünf Zeugen, und wenn das Geschäft sofort executorisch sein soll, auch noch eine Damnatio hinzukommen. [c])

Bald wurde aber auch den bloßen verba die Wirkung einer Obligatio beigelegt. Zwei Classen von Fällen sind zu unterscheiden: 1) bloß verba des zu Verpflichtenden: dotis dictio (§ 292) und votum, Gelübde, das unter religiöse Sanction gestellt ist. Daraus hat sich die iurata promissio liberti, dem Patron Dienste zu leisten, gebildet; 2) verba beider Theile, Stipulation, [d]) der wichtigste Fall der Verborum Obligatio. Stipulation ist die Einkleidung des Vertrags in mündlich gesprochene Frage und Antwort. Dare centum spondes? spondeo. Dabis? dabo. Promittis? promitto. Das Wesen der Stipulation besteht nicht in bestimmten Wortformeln, daher sogar in verschiedenen Sprachen stipulirt werden kann, sondern in der materiellen Uebereinstimmung von Frage und Antwort, und in dem mündlichen Aussprechen unter Gegenwärtigen. Gewöhnlich wurde des Beweises halber eine Schrift darüber aufgesetzt, cautio: stipulatus est A. A. spopondit N. N. Hier sollte vermuthet werden, daß die Stipulation in gehöriger Weise stattgefunden habe. Später ließ man es gelten, wenn Frage und Antwort nur gehörig geschrieben waren. [e]) Leo I. verordnete, die Stipulation solle gelten, auch wenn nicht solemnibus et directis verbis, sondern mit welchen die Partei wollte, stipulirt

---

b) Manche, so M' Manilius, Aelius Gallus (Festus v. nexum), ja selbst noch Cicero (de or. III 40, de re publ. I 17, parad. V 1 § 35) nahmen hier nexum für das Genus (omne, quod per aes et libram fit), mancipium für eine Species des Nexum. Dagegen bemerkte Q. Mucius, daß schon die Decemvirn zwei Anwendungen der Aes et Libra Sollennität, die Obligatio und die Mancipatio unterscheiden, welchen richtigen Gedanken Varro durch die unrichtige Etymologie (nexum = nec suum) zu unterstützen meinte § 238 p.

c) [Walter Geschichte des röm. Rechts, dritte Ausgabe S. 248 Note 7. 11 S. 250, hat das Verdienst, die executorische Kraft des Nexum festgehalten zu haben, während Savigny (über das altrömische Schuldrecht 1834. Verm. Schriften II Num. XIX) diese unberücksichtigt ließ. Indem er jedoch gleich Scheurl (1839) und Sell (1840) von Varro's Darstellung (§ 269 ff.) ausgeht, führt er die parata executio auf ein Haft- und Dienstversprechen des Schuldners ex die, vom Verfalltage an, zurück und gründet darauf die Annahme einer Wechselklage, in welcher das Gericht nur den Beweis des Versprechens durch die Nexuszeugen verlangt habe, ohne sich auf eine Untersuchung über den Grund der Forderung einzulassen. Allein ein Versprechen dieses Inhalts würde eine ordentliche Klage aus der promissio operarum keineswegs entbehrlich machen (L. 4 D. de op. lib. 38, 1), während die Execution eine wirklich geschehene Judicatio durch einen Richter oder eine Damnatio durch einen Gesetzgeber voraussetzt. Richtiger läßt daher Huschke Recht des Nexum S. 50 den Gläubiger, als Gesetzgeber in der Privatrogation vor der fingirten Volksversammlung die Damnation mit den Worten aussprechen: quod ego tibi mille libras hoc aere aeneaque libra nexas dedi, eas tu mihi post annum iure nexi dare damnas esto. Nur ist statt dedi. wenn das Darlehen gleich Anfangs executorische Kraft erhalten soll, do zu setzen, und nexas sowie iure nexi kann als überflüssig wegfallen, da das einfache damnas in einer lex publica (Aquilia: L. 2 pr. § 1 D. ad legem aquil. (9, 2), Mamilia c. 4. 5) oder privata (Damnationslegat: Gai. II 201 III 175), natürlich certa pecunia vorausgesetzt, vollkommen hinreicht, jene Wirkung hervorzubringen. Walter S. 251 Note 17 Num. 5 wirft diese Ansicht freilich weit weg: er identificirt das Nexum mit der Wechselklage so vollständig, als ob wir noch heute in unserer Wechselschuld das römische Nexum hätten: allein offenbar hat er sich nicht klar gemacht, daß es eine Zeit gegeben hat, in welcher auch die Wechselklage eine „publicistische Executivclausel voraussetzte. Briegleb summ. Proc. (1859) S. 514 f. R. — Gegen Executivkraft des Nexum Huschke Multa S. 399 f. Voigt Ius naturale III S. 717 ff.]

d) Gai. III 92—127 Inst. III 15 Dig. XLV 1: de verborum obligationibus. Cod. VIII 37: de contrahenda vel committenda stipulatione. Liebe die Stipulation und das einfache Versprechen 1840.

e) § 8 Inst. de fideiuss. (3, 20) L. 30 D. de V. O. (45, 1).

ist.[f]) Man kann dieß allenfalls als bloße Einschärfung des Grundsatzes ansehen, daß es bei der Stipulation nicht auf bestimmte Wortformeln ankomme, und diesen Sinn scheint die Stelle im justinianischen Recht haben zu sollen, wo noch der ältere Grundsatz recipirt ist. Eigentlich war die Meinung des Gesetzes wohl die, daß jede wörtliche Erklärung unter Anwesenden, auch wenn sie nicht in Form von Frage und Antwort geschehen sei, als Stipulation gelten solle.[g])

Die Stipulation ist in allen Fällen ein contractus iuris gentium mit Ausnahme eines einzigen: spondesne? spondeo.[h])

Inutilis, ungültig, ist die Stipulation, abgesehen von allgemeinen Vertragshindernissen, z. B. Wahnsinn, unmöglicher Bedingung ꝛc., bei Stummen, Tauben, Entfernten, soweit sie nicht durch Sclaven vertreten werden, wegen Nichtcongruenz von Frage und Antwort, wenn die eine Aeußerung bedingt, die andere unbedingt ist. Wie verhält sich die Gültigkeit bei Verschiedenheit der Summe? Gaius erklärt die Stipulation für ungültig, Ulpian für giltig auf die geringere, denn in dieser sei die größere enthalten.[i]) Eben so, wenn sonst ein Mehr in der Antwort enthalten ist, z. B. wenn auf die Frage Stichum dare spondes? die Antwort Stichum et Pamphilum gegeben wird. Hier tritt der Grundsatz ein: utile per inutile non vitiatur.[k]) Anders, wenn die Antwort lautet: Stichum *aut* Pamphilum dare spondeo.

---

f) L. 10 C. de contr. stip. (8, 37). Sie ist Theil einer größern Constitution, von welcher ein anderes Stück L. 11 C. qui pot. (8, 17), die Pfandbestellung in instrumentis publice confectis betrifft. § 250 ss.

g) Vgl. L. 4 § 6 C. de recept. (2, 55). [Die vollständige Beseitigung der Stipulationsformen gehört dem nachjustinianischen Recht an Nov. Leon. 72. Vgl. Interpr. ad Paul. sent. V 7 § 2. R.]

h) Gai. III 93. 94. [Nach Huschke Recht des Nexum (1846) S. 100, war die Sponsio „eine eigenthümlich civilrechtliche verborum obligatio, welche mit den Worten dare spondesne? spondeo in Gegenwart von Zeugen, die die alten Stämme repräsentirten und eines öffentlichen Getreidezumessers, an einem heiligen Ort und mit einem religiösen Segensspruch über eine bestimmte Quantität von zugemessenen stipes, d. h. ursprünglich Getreidebunden oder deren Ausdrusch, die man bei dem Geschäft formell durch eine hingegebene Aehre darstellte, vollzogen wurde." Unter andern scheint hier übersehen zu sein, daß 1) nicht jede Verpflichtung unter den religiösen Formen des Verlöbnisses übernommen zu werden pflegte, bei welchem letztern der Segensspruch dii bene vertant, spondeo allein erwähnt wird, wie auch Auspicien nur bei Schließung der Ehe, nicht bei vermögensrechtlichen Verträgen üblich waren, 2) daß die Römer die sponsio auf eine Libation zurückführen, indem sie das Wort von σπένδω, σπονδή ableiten: Verrius bei Festus v. spondere Gai III 93 Diomed. III p. 472. 473 Putsch. Vgl. die Zusammenstellung coniurasse, convovisse, conspondisse, compromisisse, fidem inter se dedisse im S. C. de bacchan. lin. 13. Nicht weniger bedenklich ist Savigny's Versuch einer Anknüpfung an das Nexum (System V 538 Verm. Schr. 2, 410). Ebenso Gneist formelle Vertr. (1845) S. 136, vgl. dagegen Girtanner Stipulation 1859 S. 81 f. Passender haben Danz sacraler Schutz (1857) S. 1—150. 222—245, Ihering Geist des R. R. I (1878) S. 303 II (1877) S. 593 ff. und besonders Girtanner (Stipulation 1859) auf den sprachlichen Zusammenhang mit spons, sponte (§ 258 n) und den sachlichen mit einem rogirten Volksschluß (vgl. L. 1 D. de leg. (1, 3) lex est communis populi sponsio), sowie andererseits das fide und emptum rogare im Privatrecht (L. 122 § 1 D. de V. O. (45, 1) L. 64 D. de C. E. (18, 1) und überhaupt Varro de ling. lat. VI 69—73, Verrius Flaccus bei Festus v. spondere) hingewiesen. Die Form bezweckt vielmehr die Erregung der Aufmerksamkeit, das numen capere, durch die feierliche Frage und nachgesprochene Antwort mit bestimmter Formel. Nur die Anknüpfung an den Eid erscheint nicht begründet. Das praeire verbis geschieht nicht in Frageform und der Versprechungseid wird der Stipulation entgegengesetzt. (L. 24 D. de statulib. 40, 7). Die Beschränkung auf römische Bürger (mit Ausnahme der völkerrechtlichen Friedensstipulation) erklärt sich aus der römischen Privatautonomie über die familia und pecunia: Varro l. spondebatur pecunia aut filia nuptiarum causa. cf. Gai. I 55. Girtanner I 87. 130. R.]

i) Gai. III § 102 L. 1 § 3. 4 D. de V. O. (45, 1).

k) L. 1 § 5 D. de V. O. (45, 1).

Aus der Stipulation entsteht eine stricti iuris actio, wenn certa pecunia stipulirt ist, die condictio certi, bei einem andern Certum die condictio triticaria, bei einem Incertum die actio ex stipulatu.[l]) Die Stipulation kann aber auch den Zusatz erhalten ex fide bona. Diesen Zusatz erhält auch die Klage in der Demonstratio, nicht in der Intentio.[m]) Die Wirkung ist eine ähnliche, die Stipulatio wird ein bonae fidei negotium.[n])

CCLXXIV. Literis kann eine Obligatio contrahirt werden, theils nach römischem, theils nach peregrinischem Recht.[a])

Vor allem sind die Fälle auszuscheiden, wo die Schrift nur zum Beweis einer durch einen andern obligatorischen Grund contrahirten Obligatio dient. Bei der Stipulation heißt die Urkunde cautio, chirographum, beim Darlehen nomen arcarium, der Schuldner ist hier verbis oder re, nicht scriptura obligirt.

Eine literarum obligatio dagegen enthalten die nomina transscripticia. Die bestehende Obligatio ist die Causa, ohne die die Litterae eine inhaltlose Form wären. Die Transscriptio geschieht entweder: 1) a re in personam, d. h. der Gläubiger trägt seinen Schuldner als Schuldner ein, der von da an literis schuldet, expensilatio. Expensum ferre bezeichnet die Bemerkung, daß er etwas an den Schuldner gegeben, ihm creditirt hat. Der Schuldner dagegen schrieb es ein als empfangen und daher geschuldet: acceptum referre creditori. Oder 2) a persona in personam, d. h. der Gläubiger trägt statt seines bisherigen Schuldners einen andern ein, der an dessen Stelle tritt: acceptum refert Gaio, expensum est Titio.

Gaius sagt nicht, wo die Eintragung geschah, aus der Sache selbst und seiner Darstellung geht hervor, daß hier nicht von einzelnen Handscheinen die Rede ist, auch wissen wir aus andern Quellen, daß die Eintragung in Bücher geschah, die dafür bestimmt waren.

Zur Zeit der freien Republik führte jeder wohlhabende Römer Hausbücher, worin die activen und passiven Obligationen auf Summen eingeschrieben waren, die nicht eingetragenen — unbedeutenden — hießen pecuniae extraordinariae. Die genaue Führung derselben war eine Pflicht, Nachlässigkeit begründete den Verdacht einer Unredlichkeit. Dieß sind die codices accepti et expensi. Unterschieden davon sind die adversaria, das Notizenbuch zu vorläufiger Notirung. Die Eintragung muß mit dem Willen beider Theile geschehen, Gegenwart ist nicht erforderlich.[b])

Zum bessern Beweis wurde die Schuld noch in den Büchern Dritter bemerkt, die ein Gewerbe daraus machten, dieß hieß per alterius tabulas pecu-

---

l) L. 24 D. de R. C. (12, 1). Bd. I § 165 dd. [Wesentlich ist die Einseitigkeit der aus der Stipulation hervorgehenden obligatorischen Leistung Gai. III 137 Theoph. III 22, worauf Walter Gesch. d. R. R. § 597 mit Recht das Hauptgewicht legt. R.]

m) [Vgl. jedoch Lex rubria. c. 20. R.]

n) [Savigny System V Beilage XIII Num. XVII. XIX.]

a) Gai. III 128—134. [Unter den zahlreichen Bearbeitungen (eine Uebersicht der verschiedenen Meinungen giebt Danz Lehrbuch der Geschichte des röm. Rechts § 162) sind hervorzuheben Savigny über den Literalcontract der Römer (Abh. der Berl. Acad. 1818 Anh. S. 289 f.), Kraut de argentariis et nummulariis commentatio 1826, Keller Beitrag zur Lehre vom röm. Literalcontracte (Sell's Jahrb. 1841 I S. 93), Schüler die litterarum obligatio des älteren römischen Rechts 1842, Gneist die formellen Verträge des neuen röm. Obligationenrechts 1845. R.]

b) Cic. pro Rosc. com. 1 Verr. I 39. ad. Att. IV 17.

niam expensam ferre, es geschah in den Büchern der Bankiers, argentarii, mensularii. Bei diesen Personen blieb die Sitte, als sie später bei den gewöhnlichen Bürgern abkam.[c])

Die nomina transscripticia sind ein contractus iuris civilis, doch behaupteten die Sabinianer, a re in personam könne auch ein Peregrine obligirt werden, die Proculianer schlossen die Peregrinen überall aus.

Dagegen eine literarum obligatio der Peregrinen, die ihnen eigenthümlich war, wodurch Römer nicht obligirt wurden, waren die chirographa und syngraphae (Handscheine), wenn sie nicht bloß über eine geschehene Stipulation als Beweisurkunde aufgenommen waren. Das Pactum war klagbar durch die Form.[d])

Diese alte literarum obligatio kommt im justinianischen Recht nicht mehr vor. Die justinianischen Institutionen sagen jedoch unter der Rubrik de literarum obligationibus,[e]) es gebe noch etwas Aehnliches im neuesten Recht.

Wenn jemand einen Empfangsschein ausstellt über gelieferte Summen oder eine erhaltene Dos, so ist er gegen die Beweiskraft des Scheins noch einige Zeit gesichert, der Aussteller hat die querela non numeratae pecuniae vel dotis. Die Zeit, nach frühern Constitutionen fünf Jahre, setzte Justinian auf zwei Jahre fest. Der Ablauf der Zeit giebt erst dem Schein die Beweiskraft. In der Regel wird dem Beklagten der Einwand des Nichtempfangs wegen Schwierigkeit des Beweises nichts nützen, darum sagen die Institutionen, er sei nun scriptura obligatus, was eigentlich verstanden ein Irrthum ist.[f])

CCLXXV. In einigen Fällen können Obligationen consensu contrahirt werden, d. h. die Uebereinkunft allein, ohne Form ist zum Contract erhoben worden.[a]) Die Consensualcontracte sind sämmtlich iuris gentium und bonae fidei negotia. Vier Verträge, bei denen die Nothwendigkeit einer bestimmten Form theils dem Wesen der Obligatio nicht angemessen, theils dem Verkehr hinderlich schien, gehören hierher: 1) emtio et venditio, 2) locatio et conductio, 3) societas, 4) mandatum.

Emtio et venditio, Kaufcontract,[b]) ist ein Vertrag, wodurch ein Gegenstand gegen das Versprechen eines Preises für denselben versprochen wird. Der

---

c) [Die Regel war ohnehin von jeher, daß das Creditiren durch Ab- und Zuschreiben (transscripticium nomen) auf das Depositum oder Guthaben in der Bank (mensa), dagegen das Creditiren durch Baarzahlung (arcarium nomen) unmittelbar vom Hause aus (de domo) geschah: Donat. ad Terent. Adelph. II 4, 13: tunc enim in forum et de mensae scriptura magis, quam ex arca domoque vel cista pecunia numerabatur: Phorm. V 7, 29 rescribi: per scripturam id est de mensae scriptura dari, unde hodie additur chirographis: domo, ex arca sua vel ex mensae scriptura. Das Ab- und Zuschreiben heißt scribere und rescribere (Schol. Horat. Serm. II 3, 69 scribere iuris verbum est pro mutuum sumere, rescribere vero est reddere debitum) oder in Bezug auf eine andere bereits bestehende Obligation transscribere. R.]

d) [Cic. pro Mur. c. 17: pergitisne tanquam ex syngrapha agere cum populo? Att. VI 1. 12. 13. Vgl. Gneist die formellen Verträge des neuern Obligationenrechts in Vergleichung mit den Geschäftsformen des griechischen Rechts 1845. Abth. V (die syngrapha). R.]

e) Instit. III 21: de litterarum obligationibus. [Gneist a. a. O. Abth. III (der neuere röm. Literalcontract)].

f) [Gneist a. a. O. Abth I.]

a) Gaius III 135—162 Inst. III 22—26. [Ueber die Entstehung dieses Rechtssatzes vgl. § 269 Note f.]

b) Gaius III 139—141 Inst. III 22: de emtione et venditione Dig. XVIII 1 Cod. IV 38: de contrahenda emtione (et venditione) et de pactis inter emptorem et venditorem compositis et quae res venire non possunt. [Bechmann der Kauf I 1876.]

Käufer heißt emtor, der Verkäufer venditor. Die Klage des ersteren actio emti, die des letzteren actio venditi.[c])

Sehr vielen Verträgen aber liegt das Geben gegen Geben, das Austauschen zu Grunde. Wie unterscheidet sich der Kauf von den übrigen? Diese Frage ist für das römische Recht deshalb besonders wichtig, weil nicht jeder solcher Vertrag klagbar ist. Das Charakteristische des Kaufs besteht darin, daß die eine Leistung als Preis, pretium, für die andere merx, bestimmt ist. Das pretium muß sein:

1) certum. Vorher ist kein Kauf abgeschlossen. Kann der Preis auf Schätzung eines Dritten gestellt werden? Labeo erklärt das Geschäft für nichtig, eben so Cassius; Ofilius und nach ihm Proculus erachteten auch hier den Kaufvertrag für geschlossen; sie behaupteten ohne Zweifel, das pretium sei schon certum, nur noch unbekannt.[d]) Justinian entschied in einer Decision, daß es ein Kauf unter einer Bedingung sei, die Gültigkeit des Geschäfts hänge ab von der wirklichen Schätzung.[e])

2) verum. Das pretium muß in der ernstlichen Absicht, daß es Preis sein solle, gegeben sein, es darf nicht simulirt sein, wie bei der Absicht, es zu erlassen, oder wenn es ganz unbedeutend ist, wie bei der Mancipation und dem nummo uno vendere.[e*])

3) numerata pecunia. Dieß war die Meinung der Proculianer, dagegen behauptete der Sabinianer, auch jede andere Sache könne durch Bestimmung der Parteien Preis werden. Sie berufen sich darauf, daß ursprünglich der Handel nicht mit Geld getrieben worden sei; die Proculianer hatten aber für sich, daß gerade der spätere Handelsverkehr mit Geld das Bedürfniß der Consensualcontracte hervorgebracht habe.[e**]) Die Meinung der Proculianer war die herrschende und auch im justinianischen Recht recipirt.

Auf der andern Seite fordert der Kauf einen Gegenstand, eine Sache oder einen andern, der eines Preises fähig ist: Waare. Es giebt eine emtio sine re. Bei alternativer Bestimmung ist erst mit der Entscheidung der Kauf perfect. Bei künftigen Sachen, emtio rei speratae, ist Bedingung, daß sie entstehen. Aber es kann auch die Hoffnung selbst, die alea, Gegenstand sein, emtio spei; hier ist schon jetzt ein Gegenstand vorhanden, unabhängig von der wirklichen Entstehung.[f])

Wenn die Contrahenten über den Preis des Gegenstands consentiren, und dieß irgendwie erklärt haben, so ist der Contract perfect. Hier wie bei andern durch Consens geschlossenen Verträgen kommt häufig das Geben einer arrha, eines Angeldes vor. In der Regel gilt es als Zeichen des geschlossenen Vertrags, um seine Perfection außer Zweifel zu setzen.[g]) Wenn die Parteien

---

c) Dig. XIX 1 Cod. IV 49: de actionibus emti et venditi. Vat. fragm. 1—40 ex emto et vendito.

d) Gaius III 140. *e*) § 1 Inst. de emtione (3, 26).

*e**) [Dagegen konnte neben einem verum pretium eine Mancipation nummo uno vorkommen, wenn der Verkäufer ohne Gewähr verkaufte, wie z. B. der distrahirende Fiduciargläubiger. Vgl. die andalusische Fiduciartafel C. I Lat. II n. 5042 p. 700 v. 13 f., tum uti eum fundum eaque mancipia — L. Titius — pecunia praesenti venderet, mancipio pluris HS. N. I (sestertio nummo uno) invitus ne daret. Bei den trientabula kommt neben dem Kaufpreis als Pfandschilling ein jährlicher Nominalzins von einem As als Recognitionsgebühr vor. Liv. XXXI 13. R.]

*e***) [Ueber diese Controverse vgl. Bechmann Kauf I S. 5 f.]

f) L. 8 D. de contr. emt. (18, 1).

g) Gaius III 139. [In älterer Zeit kam anstatt des Angeldes die Uebergabe des Siegelringes mit dem Handzeichen als Pfand der Vertragstreue vor, vgl. Theophrast bei Stobäus Florileg. XLIV 22 ed. Meinecke Vol. II p. 167 Z. 31. Diese alte Sitte hat sich besonders bei

schriftliche Abfassung belieben, wird eigentlich auch die Perfection nicht aufgeschoben; nach einer Verordnung Justinian's soll jedoch der Rücktritt bis zur Abfassung gegen Verlust der arrha oder ihres Werthes möglich sein. [h])

Vermöge der gegenseitigen Obligatio ist der Käufer zum Geben des Kaufpreises verpflichtet. Er hat seine Verbindlichkeit nur erfüllt, wenn er den Verkäufer zum Eigenthümer der Geldstücke gemacht hat.

Die Verbindlichkeiten des Verkäufers sind folgende: 1) Tradition der Sache, zur Mancipation oder In Jure Cessio ist er nur verpflichtet, wenn es verabredet ist. *) 2) Er ist nicht schlechthin verpflichtet, den Käufer zum Eigenthümer zu machen, sondern zum Besitzer und ihm dafür einzustehen, daß er die Sache behalten dürfe, er muß rem habere licere praestare. [i]) Wenn ein anderer vermöge eines Rechts, das er damals schon hatte, die Sache evincirt, so hat der Käufer die actio emti auf das Interesse. [k]) Gewöhnlich aber wird eine bestimmte Summe evictionis nomine stipulirt, die dupla des Preises, namentlich bei bedeutenden Käufen, beim Mancipium tritt die Verpflichtung auf das Doppelte schon ipso iure ein. [l]) Nachher wurde dieß als eine stillschweigende Pflicht des Verkäufers anerkannt, daher der Ausdruck simplariae venditiones. l*) 3) Haftung für die Mängel. Sie tritt nach ius civile nur im Fall eines Dolus ein, jedoch nach altem Recht in duplum, wenn der Verkäufer eines Grundstücks das Maß erlogen hat. [m]) Die Aedilen erweiterten die Pflicht des Verkäufers: Wer Sclaven, Jumenta oder anderes Vieh verkauft, soll die Mängel anzeigen, wegen nicht angezeigter hat der Käufer 1) das iudicium redhibitorium auf Zurücknahme der Sache und Restitution des Preises mit Zinsen und Interesse innerhalb sechs Monaten, 2) das iudicium aestimatorium s. quanti minoris (sc. res cum venierint fuerint) innerhalb eines Jahres auf verhältnißmäßige Minderung des Kaufpreises. [n]) Das Nichtwissen des Mangels entschuldigt den Verkäufer nicht, wohl aber die Offenbarkeit. Die nähere Bestimmung der Mängel ist Gegenstand vieler Stellen des Pandekten- und Codextitels: [o]) bei Sclaven konnte nur wegen körperlicher, nicht wegen geistiger geklagt werden; wegen der letztern galt nur die actio emti bei Dolus. Die römischen Juristen, schon Labeo, dehnten die ädilischen Klagen auf alle Käufe aus.

Wegen Dolus und Metus konnte auf Rescission des Kaufs geklagt werden. In einem Fall auch wegen Unverhältnißmäßigkeit des Preises nach zwei Re-

---

dem Verlöbniß und der Ehe in Uebung erhalten. Aber auch bei dem Kauf wird sie noch erwähnt: L. 5 § 15 D. de inst. act. (14, 3) L. 11 § 6 D. de act. emt. (19, 1) Plin. hist. nat. XXXIII 1, 8 ed. Sillig V p. 72. R.] *h*) pr. Inst. de emt. (3, 23).

*) [Gegen letzteres Eck die Verpflichtung des Verkäufers zur Gewährung des Eigenthums 1874, vgl. Bechmann Kauf I S. 546 ff.). *i*) L. 11 § 2 D. de A. E. V. (19, 1).

k) Dig. XXI 2 Cod. VIII 45: de evictionibus et duplae stipulatione.

l) [Cic. de off. III 16: vgl. § 272 c. Die hier angeführte Stelle der Zwölf Tafeln ist die bekannte bei Festus v. nuncupata citirte: cum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita ius esto. Paul. sent. II 17, 3: res emta mancipatione et traditione perfecta si evincatur, auctoritatis venditor duplo tenus obligatur. Der wortbrüchige Auctor (infitiator) wurde im ältesten Recht wie ein fur nec manifestus behandelt. Vgl. § 272 r. R. — Vgl. Bechmann Kauf I S. 110 ff.].

*l**) [Simplariae venditiones sind nach Bruns Syrisches Rechtsbuch S. 207 f. diejenigen, bei denen redhibitio ausgeschlossen ist.]

m) Paul. I 19 II 17, 4. Cic. de off. III 16. (§ 272 Note c) [de re publ. III 19 Huschke in der Zeitschr. für gesch. R.-W. XIII S. 263 f. R.]

n) L. 1 § 1 L. 38 pr. D. de aed. ed. (21, 1). Cic. de off. III 17 (§ 272 Note c).

o) Dig. XXI 1: de aedilicio edicto et redhibitione et quanti minoris. Cod. IV 58: de aediliciis actionibus.

scripten Diocletian's: wenn der Preis nicht die Hälfte des wahren Werths erreicht, und der Käufer nicht nachzahlen will (laesio ultra dimidium, enormis).[p])

Locatio et conductio, Mieth- oder Pachtcontract,[q]) ist ein Vertrag, wodurch der Gebrauch eines Gegenstands gegen das Versprechen eines Preises, merces, versprochen wird. Der Gegenstand, dessen Gebrauch versprochen wird, kann 1) eine Sache oder ein Recht sein, l. c. rerum. Wer den Gebrauch verspricht, heißt locator, wer den Preis: conductor, bei Wohnungen inquilinus, bei fruchttragenden Grundstücken colonus. Im Deutschen heißt das Geschäft Miethe oder, wenn der Gebrauch in dem Bezug von Früchten oder analogen Einkünften besteht, Pacht. 2) Kräfte, zu leistende Dienste, l. c. operarum. Operae locari solitae sind solche, für die ein Preis möglich ist, daher sind Dienste, die in älterer Zeit nur von Freigeborenen aus Gefälligkeit geleistet wurden, ausgeschlossen (§ 258). Gegenstand einer Dienstmiethe können sein a) die Dienste schlechtweg, l. c. operarum im eigentlichen Sinne, b) das Resultat der Dienste, opus, l. c. operis. Locator, Verdinger, heißt hier der, für den es geschehen soll, conductor s. redemtor operis, durch dessen Kräfte es hervorgebracht werden soll.

Wesentlich ist wie beim Kauf die Bestimmung eines Preises, merces, pensio. Ferner ist nothwendig merces certa (so ist z. B. der Vertrag mit einem Handwerker ohne Bestimmung des Preises kein Miethvertrag). Endlich pecunia numerata, auch hier kommt jene beim Kauf erwähnte Controverse vor. Bei Verpachtungen kann der Preis in Früchten verabredet werden.[r])

Zuweilen ist zweifelhaft, ob ein Vertrag Kauf oder Miethe ist. So bei Verfertigung von Sachen durch Handwerker für eine bestimmte Summe. Cassius meint, in dergleichen Geschäften sei eine materiae emtio, operarum locatio et conductio enthalten. Die Meisten waren für Kauf, wenn der Handwerker das Material liefert, für locatio et conductio, wenn der andere Contrahent es giebt.[s])

Der Contract ist perfect, wenn die Parteien über Gegenstand und merces consentiren. Aus der gegenseitigen Obligatio hat der Locator die actio locati, der Conductor die actio conducti.

Der Locator ist verpflichtet: bei der l. c. rei: die Sache zu überliefern und das frui licere zu prästiren, 2) bei der l. c. operarum zur Leistung der Dienste, 3) bei der l. c. operis zur approbatio operis, wenn es von der vertragsmäßigen Beschaffenheit, arbitrio boni viri gut ist, und zur Zahlung des Preises.

Der Conductor ist verpflichtet: 1) bei der l. c. rei und operarum zur

---

p) L. 2. 8 C. de resc. vend. (4, 44). Constantin L. 1 C. Th. de contr. emt. (3, 1) macht die Ausnahme nicht.

q) Gaius III 142—147. Plaut. II 18. Inst. IV 24: de locatione et conductione. Dig. XIX 2: locati conducti. Cod. IV 65: de locato et conducto. Endlicherſches Fragment von Ulpian's Institutionen: Zeitschr. für gesch. Rechtswiss. IX 1. [Degenkolb Platzrecht und Miethe 1867 S. 125 f. Zweite Abhandlung, Beitrag zur Lehre von der Miethe. Formulare für verschiedene Locationen, welche auf die römische Bodenwirthschaft (Mommsen R. G. 3 Aufl. I 126) Bezug haben, giebt Cato de re rust. c. 144—146, eine Analyse derselben Bekker in der Zeitschrift für R.-G. III S. 416 f. Einen merkwürdigen urkundlich erhaltenen Verdingungsvertrag, die lex parieti faciundo Puteolana a. u. c. 640 erläutert Mommsen J. N. 2458. C. J. L. I 517 p. 163. Ueber das heracleische Pachtformular vgl. Degenkolb S. 145. R.]

r) L. 21 C. de locato (4, 65). Cato de re rust. c. 136. 137. Vgl. (Rudorff) Vorrede zum Berliner Sommercatalog 1846. R.]

s) Gai. III 146. 147 § 3. 4 Inst. de locatione (3, 24).

Zahlung des Preises. Zuerst aber kann er den Gebrauch verlangen. Bei Pachtungen hat er auf remissio des Pachtzinses Anspruch, ganz oder theilweise, wenn ein außerordentlicher Zufall die Fruchtbeziehung hindert, z. B. Brand, Hagel. Er muß die Sache in gutem Stand erhalten und sie nach geendigter Miethe oder Pacht zurückgeben. Die locatio endigt sich a) durch den Eintritt des Termins, der entweder vorher oder durch Aufkündigung festgesetzt wird. Doch kann eine stillschweigende Fortsetzung des Vertrags (tacite relocare et reconducere) eintreten, bei fruchttragenden Grundstücken gilt sie immer auf ein Jahr, b) durch einseitige Aufhebung vor der Zeit. So kann der locator wegen Nichtbezahlung der Merces während zwei Jahren, und Verschlechterung der Sache den Contract aufheben.

2) Bei der l. c. operis ist der Conductor zur Verfertigung und Lieferung des Werks verbunden.

Von der locatio et conductio ausgeschieden sind:

1) der emphyteutische Vertrag. Noch zur Zeit der Juristen als Locatio und Conductio behandelt, wurde er nach Zeno ein eigener Vertrag, doch hauptsächlich nach Analogie der Locatio Conductio.[t])

2) Dagegen war von ältester Zeit her der Vertrag mit dem Mensor ausgeschieden, die operae des Mensor waren keine operae locari solitae. Das alte Recht betrachtete diesen Vertrag nicht wie ein Contractsverhältniß, sondern wie eine gegenseitige Gefälligkeit. Später, schon in der dritten Periode, wurde die Behandlung als locatio et conductio möglich, wenn die übrigen Erfordernisse vorhanden waren. Die Kunst hatte bei der zunehmenden Cultur anderer eigentlicher Wissenschaften in ihrer Achtung abgenommen.[u])

Societas, Gesellschaftsvertrag,[v]) ist ein Vertrag, wodurch mehrere Personen eine das Vermögen betreffende Gemeinschaft zu halten sich versprechen. Der Gegenstand können Sachen und Rechte sein, die als gemeinschaftlich betrachtet werden sollen. So auch das ganze Vermögen, societas omnium bonorum.[w]) Jeder Socius kann fordern, Mitberechtigter eines jeden Rechts zu werden, das der andere hat, z. B. Miteigenthümer; Rechte, bei denen eine solche Theilung nicht möglich ist, müssen wenigstens dem Effect nach als gemeinschaftlich betrachtet werden, durch Mittheilung des dadurch Erworbenen. Die Societät kann aber auch auf künftig zu erwerbende Rechte gerichtet sein, so ist in der societas omnium bonorum auch der künftige Erwerb begriffen.[x])

Aber auch ausschließlich der künftige Erwerb kann Gegenstand der Societät sein, societas quaestus et lucri, dieß ist anzunehmen, wenn eine societas schlechtweg geschlossen ist. Hier bezieht sie sich aber im Zweifel nur auf das

---

t) Gaius III 145 § 3 Inst. de locatione (3, 24) Cod. IV 66: de iure emphyteutico. [Die locatio erscheint im römischen Recht in der unselbständigen Gestalt gegenseitiger Obligationen, der Miether oder Pachter erhält weder ein dingliches Recht noch einen possessorischen Schutz. Der Grund liegt zum Theil in der Beschränkung durch die Gegenleistungen und Vorbehalte, z. B. Miethzins, Custodia, Vorbehalt der Reparatur und des eigenen Gebrauchs. Er liegt aber auch in der Beschränkung auf kurze und feste Termine. Der erste Grund fällt beim Nießbrauch weg, an welchem die Obligation erst durch die Stipulation hinzugesetzt wird, der zweite cessirt bei der Emphyteuse und Superficies. Beiderlei Nutzungsrechte nehmen daher einen selbständigen dinglichen Charakter an. R.]

u) Rudorff Zeitschrift für gesch. Rechtsw. X S. 412 ff.

v) Gaius III 148—154 Paul. II 16 Inst. III 25: de societate. Dig. XVII 2 Cod. IV 37: pro socio.

w) L. 1 § 1—L. 3 § 1 D. pro soc. (17, 2).

x) L. 5 pr. D. eodem.

durch Arbeit Erworbene.[y]) Die Societät kann endlich aber auch auf einzelne Erwerbungen, einzelne Geschäfte gerichtet sein, die auf gemeinsame Rechnung geschlossen werden sollen.[z]) Die Societät erstreckt sich stets nicht bloß auf den Erwerb, sondern auch auf den Verlust, der den als gemeinschaftlich zu betrachtenden Gegenstand trifft.

Die Obligatio ist eine wesentlich gegenseitige, jeder Socius ist verpflichtet zu den verabredeten Beiträgen (an Sachen und Kräften) und jeder berechtigt zu seinem Antheil. Es ist keine Societät möglich donationis causa.[aa]) Bei der Bestimmung der Societätsverhältnisse ist möglichste Gleichheit und Billigkeit als Princip zu betrachten. In Beziehung auf die Antheile wäre daher auf die Beiträge zu sehen, allein dieß läßt sich nicht durchführen, weil die Beiträge incommensurabler Natur sein können, daher sind im Zweifel gleiche Antheile der Socii anzunehmen an Gewinn und Verlust. Nach der Meinung des Mucius sollen diese auch nicht durch Verabredung geändert werden können, aber auch hier ist der Verlust nicht immer genau in Geld zu berechnen, daher wurde jene Meinung von Servius bestritten.[bb]) Sogar die Verabredung ist möglich, daß ein Socius nur Antheil am Gewinn, nicht am Verlust (nämlich an Sachen) haben soll, wenn die Dienste so bedeutend sind, die beigetragen werden.[cc]) Keine societas ist, wo immer einer allen Gewinn, der andere allen Verlust trägt. Cassius nennt dieß eine societas leonina.[dd]) Die Klage ist von allen Seiten die actio pro socio.

Es giebt keine societas in aeternum. Gelöst wird die Societät 1) durch Renuntiatio, auch nur eines Socius. Dolose Renuntiation macht den andern, aber nicht den Renuntianten frei,[ee]) 2) durch den Tod oder Capitis Deminutio eines Socius,[ff]) 3) durch Venditio Bonorum eines Socius.[gg])

Bei Endigung der Societät kann auf Theilung des Gemeinschaftlichen geklagt werden, nicht mit der actio pro socio, sondern mit einer besondern Theilungsklage, der actio communi dividundo,[hh]) diese Klage entspringt nicht aus der Societät, sondern aus der Communio, die durch Societät, aber auch auf andere Art entstanden sein kann.[ii])

Die Gemeinschaft einer Sache oder eines Rechts, communio (Miteigenthum, Mitususfructus) bringt die Communionsinteressenten (socii) schon an und für sich in eine Obligatio, wie sie auch entstanden sein möge; sei es in Folge eines Societätsvertrags, oder sonst, z. B. wenn Zweien eine Sache ver-

---

y) L. 7—13 D. eodem.

z) L. 5 pr. L. 52 § 5 D. eodem. [Dahin gehört auch die Societät der Fischer bei Plin. nat. hist. IX 85: ferunt discordem socium duci (dem Leitfisch des Andern) insidiatum pulcre noto, cepisseque malefica voluntate: agnitum in macello a socio, cuius iniuria erat: et damni formulam editam condemnatumque addidit Mucianus aestimata lite. R.]

aa) L. 5 § 2 eodem.

bb) L. 30 D. eodem.

cc) Gaius III 149. 150.

dd) L. 29 D. pro socio (17, 2).

ee) L. 17 § 2 L. 65 § 4. 6 D. eodem.

ff) L. 58 § 2 L. 63 § 10 L. 55 § 9. 11 D. eodem.

gg) L. 4 § 1 L. 65 § 1. 12 D. eod. § 8 Inst. de societate (3, 25).

hh) Dig. X 3 Cod. III 37: communi dividundo. 38: communia utriusque iudicii tam familiae herciscundae quam communi dividundo.

ii) L. 2 pr. D. eod.: Nihil autem interest, cum societate an sine societate res inter aliquos communis sit, nam utroque casu locus est communi dividundo iudicio. Cum societate res communis est, veluti inter eos, qui pariter eandem rem emerunt, sine societate communis est veluti inter eos, quibus eadem res testamento legata est.

macht ist (communio incidens). Nicht der Contract erzeugt die Obligatio, sondern der Umstand, daß eine Sache oder Recht Mehreren gemeinschaftlich ist, ist dieß durch ein Rechtsgeschäft geschehen, so entsteht die Obligatio quasi ex contractu. [kk])

Die obligatio ex communione, wie sie auch entstanden sein möge, bringt eine Klage auf Theilung des Gemeinschaftlichen, iudicium divisorium, hervor, Der Richter theilt durch adiudicatio, in dem Urtheil werden aber auch gegenseitige Verpflichtungen, analog denen aus der Societät, praestationes personales, berücksichtigt. [ll])

Die Theilungsklage ist regelmäßig die actio communi dividundo bei Gemeinschaft des Eigenthums oder eines sonstigen theilbaren Rechts. Unter Miterben, unter denen communio hereditatis besteht, tritt die familiae erciscundae actio, Erbtheilungsklage ein. [mm])

Mandatum, Vollmachts- oder Beauftragungscontract, [nn]) ist ein Vertrag, wodurch jemand Geschäfte eines andern ohne Lohn zu besorgen übernimmt. Der Auftragende heißt Mandant oder Mandator, der Beauftragte Mandatarius. Der Vertrag heißt Auftrag in Beziehung auf die Verpflichtung zwischen Mandant und Mandatar, Vollmacht in Beziehung auf die Wirkung, den Mandatar zu juristischen Handlungen für den Mandanten zu befähigen; der Mandant wird hier Dominus, der Bevollmächtigte Procurator genannt. Das Mandat unterscheidet sich durch Unentgeltlichkeit von der locatio et conductio operarum. [oo]) Ein honorarium ist zwar möglich, kann aber nicht mit der mandati actio, sondern muß mit einer extraordinaria cognitio gefordert werden. [pp]) Gegenstand des Mandats kann jede erlaubte und mögliche Handlung sein, die dem Mandanten zuständig ist. Kein Mandat ist es, wenn bloß der Mandatar ein Interesse hat, z. B. der Auftrag, Geld auszuleihen ohne Bestimmung der Person. [qq]) Zweifelhaft ist der Fall, wenn der Auftrag gegeben ist, dem Titius zu leihen. Nach Sabinus, dessen Ansicht die herrschende ist, entsteht ein verbindliches Mandat, der Mandant verbürgt sich dadurch für den Titius, es ist dieß eine Form der Intercession (mandatum qualificatum). [rr]) Das Mandat muß endlich immer eine künftig vorzunehmende Handlung betreffen. [ss])

Die actio mandati ist die Klage des Mandanten auf die Verbindlichkeit des Mandatars, das Geschäft mit der diligentia diligentis patrisfamilias zu

---

kk) § 3 Inst. de obl. quae quasi ex contr. (3, 27).

ll) L. 1 D. eod.: communi dividundo iudicium ideo necessarium fuit, quod pro socio actio magis ad personales invicem praestationes pertinet, quam ad communium rerum divisionem. Denique cessat communi dividundo iudicium, si res communis non sit. § 5 Inst. de off. iud. (4, 17).

mm) § 4 Inst. de obl. quae quasi ex contr. (3, 27) § 4 Inst. de off. iud. (4, 17) Paul. I 18 Dig. X 2 Cod. III 36: familiae herciscundae.

nn) Gai. III 155—162 Inst. III 26: de mandato Dig. XIII 1 Cod. IV 35: mandati vel contra. [Die lex Aquilia gab gegen den adstipulator eine Strafklage auf das Doppelte, die lex Publilia gewährte dem Bürgen die actio depensi, daraus ist aber auf eine spätere Einführung der actio mandati directa und contraria (Jhering Schuldmoment 34) nicht sicher zu schließen, das Aquilische Gesetz namentlich enthält nur die Proceßstrafe, daß der mit dem Gegner colludirende Vertreter sich den Rechtsstreit selber anhänge (vgl. § 277 z). Die ältere Figur der Mandatsklage war die eines iudicium turpe, welches noch in der Gracchenzeit (631) nicht gegen die Erben ging. Cic. pro Rosc. Am. 38, 111. Vgl. jedoch Note yy. R.]

oo) Gaius III 162 L. 1 § 4 L. 6 pr. 7 D. eod.

pp) L. 7. 56 § 3 D. eodem.

qq) L. 2 § 6 D. eodem.

rr) Gai. III 156 § 6 Inst. de mandato (3, 26).

ss) L. 12 § 14 D. eodem.

besorgen.[tt]) Eine actio contraria hat der Mandatar wegen der Nachtheile, die ihn bei Ausführung des Mandats treffen, sofern er nicht seinen Auftrag überschritten hat;[uu]) überhaupt auf Anerkennung des Geschäfts als seines eigenen in dessen Folgen durch den Mandanten. Hat der Mandatar über den festgesetzten Preis gekauft, so steht ihm nach der Ansicht der Sabinianer keine actio contraria zu.[vv]) Die Proculianer stellten eine benignior sententia auf, welche dem bonae fidei negotium angemessener und daher die herrschende geworden ist, daß nämlich der Mandant bis zu dem festgesetzten Preis verpflichtet wird. Es giebt einen Fall, in welchem gerade die actio contraria das Wesentliche der Wirkung ist, das mandatum qualificatum (§ 265). Das Mandatsverhältniß endigt sich: 1) durch Renuntiation des Mandanten oder Mandatars.[ww]) Ist die Res nicht mehr integra, so muß der Nachtheil dem Beschädigten ersetzt werden.[xx]) 2) Durch Tod eines der Contrahenten,[yy]) doch hat der Mandatar, wenn er, ohne den Tod des Mandanten zu wissen, den Auftrag fortführt, die actio contraria; die schon begründete mandati actio wird durch die Endigung des Mandats nicht aufgehoben.[zz])

Es giebt ähnliche Obligationen auf Geschäftsführung, die quasi ex contractu entstehen. So die Obligationen der Tutoren und Contutoren, bei denen die rechtmäßige Bestellung die Stelle des Mandats einnimmt.[aaa]) Aber auch durch die Uebernahme von fremden Geschäften selbst ohne Auftrag oder Bestellung, negotiorum gestio schlechtweg,[bbb]) entsteht eine Obligatio quasi ex contractu zwischen dem dominus negotii und dem negotiorum gestor; die Klagen daraus sind die negotiorum gestorum actio directa und contraria.[ccc])

Die directa setzt nichts als die Gestio voraus.[ddd]) Der Gestor haftet für omnis culpa und darf auch nicht willkürlich abtreten, so lange die Gestio noch Bedürfniß ist. Die contraria aber erfordert, daß nicht gegen Verbot[eee]) und

---

tt) L. 13 C. mandati (4, 35).

uu) L. 3 § 2 L. 4. 41 D. eodem.

vv) Gaius III 161.

ww) L. 22 § 11 L. 27 § 2 D. eodem.

xx) L. 23—25. 27 § 2 D. eodem.

yy) L. 26 pr. § 1 L. 27 § 3 D. eodem. L. 15 C. eod. (4, 35): mandatum re integra domini morte finitur. Vgl. Rhetor. ad Herenn. 2, 13: M. Drusus praetor urbanus (a. u. c. 638), quod cum herede mandati ageretur iudicium reddidit, Sext. Iulius (631) non reddidit. [Die reine Geschäftsklage gegen den Erben erhielt natürlich eine veränderte Demonstratio: quod Titius cui A^s A^s heres est N^o N^o mandavit rel. R.]

zz) L. 58 pr. D. mandati (17, 1): Si praecedente mandato Titium defenderas, quamvis mortuo eo, cum hoc ignoraret, ego puto mandati actionem adversus heredem Titii competere, quia mandatum morte mandatoris, non mandati actio solvitur. Quodsi sine mandato defensionem suscepisti, negotium quodammodo defuncti gerere institueras, et quemadmodum, si illum liberasses, competeret tibi negotiorum actio, ita potest dici et heredem eius eadem actione teneri.

aaa) Gaius I 191 § 2 Inst. de obl. quae quasi ex contr. (3, 27) Dig. XXVII 3: de tutelae et rationibus distrahendis et utili curationis causa actione. Cod. V 51: arbitrium tutelae. Quintil. inst. or. VII 4: tutelae, in quo iudicio solet quaeri, an alia de re, quam de calculis cognosci oporteat, an fides praestari debeat tantum, non etiam consilium et eventus. cui simile est male gestae procurationis: in foro negotiorum gestorum. nam et mandati actio est.

bbb) Dig. III 5 Cod. II 18: de negotiis gestis.

ccc) L. 1—3 pr. D. de neg. gest. (3, 5) § 1 Inst. de obl. quae quasi ex contr. (3, 27).

ddd) L. 3 pr. L. 5 § 4. 5 D. eodem.

eee) L. 7 § 3 D. eodem.

daß utiliter gestum ist, d. h. daß die Uebernahme der Geschäftsführung dem Dominus vortheilhaft war,[fff] sodann muß der Gestor die Geschäfte als fremde mit dem animus übernommen haben, den Dominus zu verpflichten.[ggg]

CCLXXVI. Wenn eine Uebereinkunft abgeschlossen ist ohne res, verba, literae, und ohne daß sie zu den Consensualcontracten gehört, so erzeugt sie keine Klage, sondern nur eine Exceptio (§ 271 f). Eine solche Uebereinkunft heißt pactum.[a])

Ausnahmsweise sind manche Pacta für sich mit einer Klage bekleidet worden: die sogenannten pacta vestita, theils durch Gesetze (pacta legitima)[b]), z. B. nach Justinian das Schenkungsversprechen, theils durch die magistratischen Edicte (pacta praetoria). Fälle der letzteren sind:

Constitutum debiti,[c]) wenn jemand durch Pactum die Erfüllung einer bestehenden Obligatio verspricht, aus diesem Pactum wird eine prätorische Klage gegeben: 1) bei Argentarien für jeden Gegenstand, actio recepticia;[d]) 2) bei sonstigen Personen bloß, wenn die Verbindlichkeit auf fungible Sachen geht, actio de constituta pecunia, constitutoria actio.[e]) Justinian hat jene Klage aufgehoben und die letztere auf alle Verbindlichkeiten ausgedehnt (§ 269 nn. oo). Die bestehende Obligatio kann auch eine naturalis sein, auch ein s. g. pactum geminatum ist klagbar, es darf aber nicht mehr versprochen werden, als in der bestehenden Obligatio. Diese kann die eigene des Constituenten sein, constitutum debiti proprii, oder eine fremde, constitutum debiti alieni, ein Fall der Verbürgung. Die bisherige Obligatio bleibt bestehen.

Receptum nautarum, cauponum, stabulariorum (Frachtschiffer, Wirthe):[f]) durch Aufnahme der Reisenden mit ihren Sachen werden sie verpflichtet, die letzteren zu restituiren.[g]) Jene haben die actio in factum de recepto; der Beklagte wird nur befreit durch eine vis maior von außen,[h]) oder durch Culpa des Klägers, nicht aber seiner Diener, endlich durch Vertrag, wodurch der Reisende auf die Haftung verzichtet.[i])

Alle Geschäftsobligationen haben ihren theils wesentlichen, theils gewöhnlichen und natürlichen Inhalt, der mit der Eingehung des Geschäfts gegeben ist, auf den die Klage aus dem Contract von selbst geht. Dieser Inhalt kann

---

fff) L. 9 § 1 D. eodem.

ggg) L. 5 pr. § 1. 8—10 L. 26 § 1 L. 43 D. eod. L. 2 § 1 L. 15 C. eod. (2, 18).

a) Dig. II 14 Cod. II 3: de pactis.

b) L. 6 D. eodem: Legitima conventio est, quae lege aliqua confirmatur et ideo interdum ex pacto actio nascitur vel tollitur, quotiens lege vel senatusconsulto adiuvatur.

c) Dig. XIII 5: de pecunia constituta. Cod. IV 18: de constituta pecunia. [Vgl. Bruns in der Zeitschrift für Rechtsgeschichte I (1861) S. 28 ff.]

d) Theoph. IV 6 § 8 L. 2 pr. C. de const. pec. (4, 18). [Cic. Philipp. V. 18 ad fam. X 21 XII 1 XIII 10. 17 L. 3 § 2 D. de recept. (4, 8) L. 1 § 8 D. nautae (4, 9) L. 4 § 3 D. de fideiuss. tut. (27, 7). R.]

e) Cic. pro Quinctio c. 5 § 18 in.: non modo enim pollicitus erat (Naevius) in Gallia, sed Romae quotidie, simul atque sibi hic annuisset, numeraturum se dicebat. Quinctius porro istum posse facere videbat, debere intelligebat: mentiri, quia causa, cur mentiretur non erat, non putabat, quasi domi nummos haberet, ita constituit Scapulis se daturum.

f) Dig. IV 9: nautae, caupones, stabularii ut recepta restituant.

g) L. 1 pr. D. eod.: Ait praetor: nautae, caupones, stabularii quod cuiusque salvum fore receperint, nisi restituent, in eos iudicium dabo.

h) L. 3 § 1 D. eodem.

i) L. 7 pr. D. eodem.

aber bei negotia bonae fidei noch durch Nebenverträge erweitert werden, die man dem Hauptvertrag hinzufügt, pacta adiecta.[k]) Diese Pacta machen eine Ausnahme von der Nichtklagbarkeit der Pacta, aber nicht so, daß sie eine eigene Klage erzeugten, sondern durch ihre Verbindung mit dem Hauptgeschäft wird die Klage aus diesem auf sie ausgedehnt (was nur bei der actio bonae fidei möglich ist). So z. B. beim Kauf das pactum de retroemendo, die Verpflichtung des Verkäufers zurückzukaufen, de retrovendendo, des Käufers zurückzuverkaufen.[l]) Noch wirksamer ist die Form einer Resolutivbedingung, z. B. addictio in diem, wenn sich innerhalb einer bestimmten Zeit ein besserer Käufer finden werde.[m])

Von den unerlaubten Handlungen.

CCLXXVII. Durch unerlaubte Handlungen können theils selbständige Obligationen entstehen, theils bestehende Obligationen modificirt werden.

Unerlaubte Handlungen, wodurch selbständige Obligationen begründet werden, heißen delicta.[a]) Es giebt zwei allgemeine Erfordernisse eines Delicts; 1) ein objectives, Verletzung des Rechts eines Andern. Daher ist kein Delict vorhanden, wenn der Handelnde ein Recht zu der Handlung hatte: nemo damnum facit, nisi qui id fecit, quod facere ius non habet.[b]) Ferner darf die Verletzung nicht in einer Bestreitung des Rechts bestehen. Dadurch unterscheidet sich das Delict von einem Unrecht, bei dem es von Seite des Handelnden auf das Recht abgesehen ist. Bei dem Delict setzt sich der Thäter über das Recht hinweg, er bricht das Recht (daher Verbrechen). Das Delict verletzt daher nicht bloß das Recht an einem äußern Gegenstand, z. B. Eigenthum, sondern zugleich das Recht der Persönlichkeit, ja die Rechtsvorschrift selbst, das ius publicum.

2) Ein subjectives, Schuld des Thäters, Culpa im weitern Sinn. Der rechtswidrige Erfolg muß dem Handelnden zugerechnet werden können, die Handlung selbst muß rechtswidrig sein. Dieß läßt sich auf doppelte Weise denken: a) der Thäter beabsichtigte den rechtswidrigen Erfolg, dieses Verhältniß heißt Dolus, böse Absicht. b) Der Thäter konnte den Erfolg voraussehen und vermeiden, er handelt rechtswidrig durch Fahrlässigkeit oder Unvorsichtigkeit, dieses Verhältniß heißt Culpa im eigentlichen Sinn. Die Grenze der Culpa ist: nur wenn ein bonus oder prudens paterfamilias im vorliegenden Fall anders verfahren hätte, kann von einer Culpa die Rede sein, wer die Vorsicht eines solchen angewendet hat, ist frei von Schuld, der Erfolg gilt als Zufall, z. B. es fällt jemand einen Baum, der das Pferd eines andern erschlägt.[c]) Manche Delicte setzen schlechterdings Dolus voraus, z. B. Diebstahl.

---

k) L. 7 § 5 D. de pact. (2, 14): interdum formant ipsam actionem, ut in bonae fidei iudiciis. Solemus enim dicere, pacta conventa inesse bonae fidei iudiciis, sed hoc sic accipiendum est, ut si quidem ex continenti pacta subsecuta sunt, etiam ex parte actoris insint: ex intervallo, non inerunt: nec valebunt, si agat, ne ex pacto actio nascatur. L. 27 D. de R. I. (50, 17): actionum modus vel lege vel per praetorem introductus privatorum pactionibus non infirmatur: nisi tunc, cum inchoatur actio, inter eos convenit.

l) L. 12 D. de praescr. verb. (19, 5) L. 2 C. de pact. int. emt. (4, 54).

m) Dig. XVIII 2: de in diem addictione.

a) Gai. III 182—208 Inst. IV 1: de obligationibus, quae ex delicto nascuntur. Dig. XLVII 1: de privatis delictis.

b) L. 151 D. de R. I. (50, 17). *c*) L. 31 D. ad l. aquil. (9, 2).

Die rechtlichen Folgen eines Delicts sind 1) Schadensersatz, wofern es einen Vermögensnachtheil verursacht hat, 2) Strafe, ein Uebel, welches den Thäter unabhängig von jenem trifft.

Die Strafe kann sein eine poena publica, die lediglich im Interesse des Staats oder öffentlichen Rechts verhängt wird, und keinen Vortheil für einen Privaten einschließt. Sie wird gefordert durch eine Accusatio (crimen) und ist der Zweck eines Criminalprocesses, diese Wirkung haben die delicta publica. Daneben geht eine actio auf Schadensersatz, der etwas Privatrechtliches, Gegenstand einer Obligatio ist.

Die Strafe kann aber auch eine poena privata sein, eine Prästation, die einer Privatperson zufällt und von ihr im Civilproceß mit einer Actio eingeklagt wird, delicta privata, dieß sind die Delicte, von denen hier die Rede ist, die obligationes ex delicto. Diese Privatstrafe ist eine Befriedigung des Verletzten. Sie kann von dem Schadensersatz ganz getrennt sein, actio mere poenalis. Hier findet neben ihr und unabhängig von ihr eine Klage auf Schadensersatz Statt (z. B. condictio furtiva), wenn überhaupt ein Schaden geschehen ist, eine actio rei persecutoria. Sie kann aber auch mit dem Schadensersatz verbunden sein: actio mixta. [d])

In den Institutionen des Gaius und Justinian's werden vier delicta privata, also vier obligationes ex delicto als die Hauptfälle hervorgehoben.

1) Furtum, Diebstahl. [e])

Furtum begeht jeder, der einer beweglichen Sache widerrechtlich in gewinnsüchtiger Absicht sich bemächtigt. Die Bemächtigung heißt contrectatio, die gewinnsüchtige Absicht animus furandi lucri faciendi causa. [f]) Die Absicht widerrechtlichen Gewinns kann auf die ganze Sache gehen, oder auf einen partiellen Vortheil, z. B. Aneignung des Gebrauchs, des Besitzes. [g]) So kann möglicherweise selbst der Eigenthümer einen Diebstahl an der Sache begehen. [h]) Auch an freien Menschen, die in der Gewalt eines andern sind, ist ein Furtum möglich. Schon die Zwölf Tafeln unterscheiden furtum manifestum und nec manifestum, jenes durch Betreffen auf frischer That. Später wurde der Begriff erweitert. Zu Gaius Zeit herrschte die Ansicht, daß das Furtum manifestum sei, wenn der Dieb am Ort der That betroffen worden sei; später, ehe er die Sache an einen andern Ort gebracht habe. Manche gingen noch weiter: sie nahmen furtum manifestum an, so lange er mit der Sache betroffen werde; diese Ansicht wurde verworfen. [i]) Die Zwölf Tafeln hatten die Privatstrafen

---

d) Gai. IV 6—9 § 16—19 Inst. de act. (4, 6).

e) Gai. III 183—208 Collatio VII Paul. sent. II 31 Inst. IV 1: de obligationibus, quae ex delicto nascuntur. Dig. XLVII 2: de furtis Cod. VI 2: de furtis et servo corrupto.

f) Gaius III 195: Furtum autem fit non solum cum quis intercipiendi causa rem alienam amovet, sed generaliter cum quis rem alienam invito domino contrectat. Gell. XI 18: Verba sunt Sabini ex libro iuris civilis secundo: qui alienam rem attrectavit, cum id se invito domino facere iudicare deberet, furti tenetur; item alio capite: qui alienum tacens lucri faciundi causa sustulit, furti obstringitur, sive scit cuius sit sive nescit.

g) L. 1 § 3 D. de furt. (47, 2): Furtum est contrectatio rei fraudulosa lucri faciendi gratia vel ipsius rei vel etiam usus eius possessionisve: quod lege naturali prohibitum est admittere. Gell. VII 15 Val. Max. VIII 2. 4: quidam furti damnatus est, quod equo, cuius usus illi usque Ariciam commodatus fuerat, ulteriore eius municipii clivo vectus esset.

h) L. 15 § 1 L. 19 § 6 D. eodem.

i) Gai. III 184 Gell. XI 18.

nicht gesetzlich bestimmt, sondern der Uebereinkunft der Parteien überlassen, damnum decidere.[k]) Ein Freier wurde körperlich gezüchtigt und addicirt, wenn er sich nicht mit dem Bestohlenen durch Pactum abfand, Sclaven wurden mit dem Tod bestraft, Unmündige nach Ermessen gezüchtigt und zum Ersatz angehalten.[l]) Der Prätor setzte statt dessen die actio furti manifesti auf das Vierfache fest. — Bei dem furtum nec manifestum gaben schon die Zwölf Tafeln die actio furti auf das Duplum als reine Strafe.[m]) Kläger ist, cuius interest rem salvam esse.[n])

Die Zwölf Tafeln schrieben eine feierliche Hausuchung vor, lance et licio quaerere.[o]) Der Untersuchende war nackt bis auf einen Schurz, licium, lanx war eine Schale, in der Hand getragen. Was die letztere anbetrifft, so hatten die Alten verschiedene Erklärungen. Einige sagten, sie sei bestimmt gewesen, vor das Gesicht gehalten zu werden propter matrumfamilias et virginum praesentiam; andere, um die Sache darauf zu legen; noch andere meinten, die Schale sei über den Kopf gehalten worden, damit die Hände nicht frei wären. Das letzte ist das Wahrscheinlichste. Wurde die Sache gefunden, so hieß dieß (lance et licio) furtum conceptum; war sie es beim Dieb, so wurde dieser wie ein fur manifestus behandelt.[p]) Außerdem ging die actio furti concepti auf das Triplum.[q]) Später trat an die Stelle jener Förmlichkeit eine Hausuchung mit Zeugen.[r]) Der, bei dem die Sache gefunden wird, hat die actio furti oblati auf das Dreifache gegen den, von dem er sie erhalten.[s]) Gegen den, der die Hausuchung hinderte, gab der Prätor die actio furti prohibiti auf das Quadruplum.[t]) Nach justinianischem Recht gab es nur noch eine actio furti manifesti und nec manifesti gegen Dieb und Gehülfen.[u])

---

k) Gai. IV 37 L. 7 § 14 D. de pact. (2, 14).

l) Gai. III 189 Gell. XI 18 Plin. XVIII 3.

m) Festus v. nec Gai. III 190.

n) L. 10. 11. 12 pr. § 1 L. 26 § 1 L. 72 D. de furt. (47, 2).

o) Gai. III 192 Gell. XI 18 XVI 10 Fest. v. lance et licio. [Nämlich wenn sich der angebliche Dieb oder Diebeshehler der unfeierlichen widersetzt, also im Fall des furtum prohibitum. Die lanx scheint ursprünglich keine Schüssel, sondern eine Wagschale zu bedeuten, zum Zeichen, daß der Suchende nicht widerrechtliche Störung des Hausfriedens, sondern eine Rechtsverfolgung (legis actio) beabsichtigte, ein Gesichtspunkt, der im alten ius feciale Liv. 1, 32 und besonders in den germanischen Rechten hervortritt. Vgl. Jac. Grimm Rechtsalterthümer S. 640 f. Die späteren Auffassungen: Festus v. lance: lancemque *ante oculos* tenebat propter matrumfamilias aut virginum praesentiam und Turiner Institutionenglosse (Savigny Gesch. des R. R. III 716 vgl. 667) discum fictile(m) *in capite portans* utrisque manibus detentu(m), fand Gaius nicht ohne Grund lächerlich, lancem sive ideo haberi iubeat (lex XII tabularum), ut manibus occupatis nihil subiciat, sive ideo ut quod invenerit ibi imponat, neutrum eorum procedit, si id quod quaeratur eius magnitudinis aut naturae sit, ut neque subici neque ibi imponi possit. Diese ganze Auffassung stammt aus dem griechischen Recht. Meier und Schömann att. Proceß S. 485. Ueber lanx als Wagschale s. Cic. Acad. 4, 12 Persius 4, 10, als Symbol der aequitas L. 20 D. de re iud. (42, 1) quod aequa lance servari aequitatis suggerit ratio. R.]

p) Gaius III 192. 194.

q) Gaius III 191.

r) Gai. III 186: testibus praesentibus. [Plaut. Merc. III 4, 78. Petron. sat. c. 97. Darauf bezieht sich der Inscription nach L. 12 D. de test. (22, 5): ubi numerus testium non adicitur, etiam duo sufficient: pluralis enim elocutio duorum numero contenta est. Der Suchende muß die Sache, welche er sucht, vorher genau bezeichnen, wie bei der actio furti Paul. sent. II 31, 22 L. 19 pr. 14 D. de furt. (47, 2). R.]

s) Gai. III 191.

t) Gai. III 192.

u) § 3 Inst. de obl. quae ex del. (4, 1).

2) Rapina, Raub.[v])

Rapina ist Diebstahl mit Gewalt gegen die Person, die Klage ist die actio furti nec manifesti. Veranlaßt durch die Gewaltthätigkeiten der Bürgerkriege, gab der Prätor eine actio vi bonorum raptorum auf das quadruplum.[w]) Sie ist eine mixta.[x])

3) Damnum iniuria datum.

Darauf bezieht sich die Lex Aquilia im fünften oder sechsten Jahrhundert[y]) über rechtswidrige Beschädigung fremder Sachen. Sie gab die actio legis aquiliae. Hieher gehört das erste und dritte Kapitel.

Kap. I. Wer einen Sclaven oder eine quadrupes pecus (zu heerdenweise gehaltenem Vieh gehörig) iniuria tödtet, soll den höchsten Werth dieser Sachen im letzten Jahr rückwärts bezahlen. Daher ist die actio mixta, sie geht auf das Duplum bei Leugnen (Bd. I § 165 w). Iniuria ist alles Widerrechtliche, Dolus und Culpa. Der Herr haftet für den Sclaven, wenn er ihn hindern konnte.

Das zweite Kapital geht gegen den untreuen Adstipulator auf das Duplum.

Kap. III. Wegen jedes andern Schadens, der corpore corpori datum ist, den höchsten Werth in den letzten dreißig Tagen, sonst wie im ersten Kapitel.[z])

---

v) Gaius III 209 Inst. IV 2: de vi bonorum raptorum. Dig. XLVII 8 Cod. IX 33: vi bonorum raptorum.

w) Cic. pro Tull. c. 5: iudicium vestrum est, recuperatores, quantae pecuniae paret dolo malo familiae P. Fabi vi hominibus armatis coactisque damnum factum esse M. Tullio. Vgl. Bd. I § 167 Note h. Savigny über Cicero pro Tullio und die actio vi bonorum raptorum: Zeitschrift für gesch. Rechtswiss. V 3 (1825). Huschke analect. (1826) II. [Keller Semestria ad M. Tullium Ciceronem III 1850.]

x) pr. Inst. eod. [Nach Gai. IV 18 war dieß jedoch bestritten. R.]

y) Cic. pro Tull. 44 Gaius III 210—219 Inst. IV 3: de lege aquilia. Dig. IX 2: ad legem aquiliam. Cod. III 35: de lege aquilia. [A. Pernice zur Lehre von den Sachbeschädigungen nach röm. Recht 1867. — Viele setzen nach Theophilus § 15 Inst. de lege aquil. (4, 3) das aquilische Gesetz in die Zeit der janiculensischen Secession, seine Erklärung ist aber nur aus Pomponius L. 2 § 8 D. de O. I. (1, 2) entnommen. R.]

z) [Die erhaltenen beiden Kapitel beschränken sich auf die Privatentschädigung, für welche sie in Stelle des ältern rohen Naturalersatzes (Festus v. rupitias, sarcito, sarte) eine Geldreduction und zugleich eine gesetzliche Taxatio der Litis Aestimatio aufstellen: quanti id in eo anno plurimi fuit, oder im dritten Kapitel quanti ea res (sc. plurimi L. 28 § 8 D. ad l. aqu. (9, 2) Gai. III 218) fuit in diebus triginta proximis, tantum aes domino (entweder in der Lex oder doch in der Actio stand hero L. 11 § 6 eod.) dare *damnas* esto. Daneben enthielt die Lex aber noch zwei andere uns verlorene Bestimmungen:

1) Die Vorschrift einer Geldbuße (multa) wegen der verübten zwecklosen Grausamkeit gegen Sclaven und Hausthiere: Cic. pro Tull. c. 9 de damno iniuria apud maiores nostros lex aquilia lata est, cum — perraro fieret, ut homo occideretur, idque nefarium et singulare facinus putaretur. Diese Mult wurde durch Popularklage gefordert: Cic. Brut. c. 34, 131 accusator de plebe L. Caesulenus fuit, quem ego audivi — cum ab L. Sabellio multam lege aquilia de iustitia (man bessert wohl richtiger iniustitia als damni iniuria, vgl. Terent. heaut. I 1. 82 Cic. de off. 1, 7. 33; 2, 13. 41 Gromat. vet. 138, 2 Lachm.) peteret.

2) Die Proceßvorschriften über die Actio. In dieser Beziehung sprach die Lex von vorn herein eine Damnatio über den Thäter aus.

Daher hat der Verletzte gegen den Thäter — vorausgesetzt, daß die That eingestanden und durch ein arbitrium liti aestimandae (Bd. I § 179 t L. 25 § 2 L. 21 § 11 D. eod.) der Geldbetrag festgestellt ist — die Legis Actio per manus iniectionem pro iudicato (quod tu mihi sestertium X milia dare damnas es, quae dolo malo non solvisti, ob eam rem tibi sestertium X milium pro iudicato manus inicio Gai IV. 24). Eben deshalb wird jede Verneinung des Klaggrundes wie eine Nichtigkeitsbeschwerde gegen die Damnatio behandelt, welche gleich der sententiae in duplum revocatio die Succumbenzstrafe des Doppelten nach sich zieht,

Die actio legis aquiliae findet nicht Statt: 1) wenn der Schaden nicht durch körperliche That unmittelbar hervorgebracht ist, z. B. durch Einsperren und Verhungernlassen, 2) wenn nicht eine Beschädigung der Sache selbst geschehen ist, z. B. Lösung eines Thiers, daß es entkommt, 3) wenn nicht eine Sache beschädigt ist, sondern der Körper eines freien Menschen. In allen diesen Fällen hat der Beschädigte eine utilis actio mit denselben Eigenschaften, wie die directe Klage.[aa])

4) Iniuria.[bb])

Iniuria ist Unrecht überhaupt, besonders das wissentliche, in einem noch engern Sinn das Unrecht in der reinen Absicht des Unrechts, iniuriae faciendae causa, also mit dem ausschließlich gegen die Persönlichkeit des Verletzten gerichteten Animus, dem animus iniuriandi.[cc]) So ist Beeinträchtigung des Eigenthums eine iniuria in diesem Sinn, wenn sie dem Thäter nur als Mittel jenes Affronts diente, anders, wenn sie selbst Zweck war, z. B. wenn der Thäter nur den eigenen Vortheil im Auge hatte, nur im erstern Fall entsteht aus dem Delict die iniuriarum actio.[dd])

Ein besonders ausgezeichneter Fall ist der, wo die Injuria eine Verletzung der Ehre enthält, d. h. eine Aeußerung verachtender Gesinnung, in welcher sich am vollkommensten und reinsten die Richtung auf die Persönlichkeit darstellt:

---

und selbst im Fall der Zahlung wird keine condictio indebiti gestattet, weil durch diese doch wieder die Frage nach der ursprünglichen Schuld oder Nichtschuld erneuert würde, welche durch die damnatio bereits unabänderlich entschieden ist (L. 23 § 10 D. eod. Bd. I § 165 w). Auch der Bevollmächtigte des Klägers, welcher im Legisactionenproceß und im legitimum iudicium nur ein Adstipulator sein konnte (Bd. I § 156 c II § 265), wenn er dem Beklagten das Vadimonium (§ 264 g) oder eine andere Promission zum Nachtheil des Klägers erläßt, soll haften, wie der Thäter selbst, den er begünstigt, gehaftet haben würde. Er wird daher ebenfalls als Damnatus behandelt und im Fall des Leugnens gegen ihn die Klage auf das Doppelte gegeben. Man pflegt zwar das zweite Kapitel der Lex Aquilia auf jeden Adstipulator ohne Unterschied zu beziehen: wo aber der Beklagte selbst nur auf das Einfache haftet, da kann die Prävarication des klägerischen Mandatars unmöglich mit dem Doppelten bestraft worden sein L. 6 D. de praev. (47, 15). Und daß in der Lex Aquilia selbst nur der Adstipulator im aquilischen Proceß und zwar zunächst aus dem ersten Kapitel gemeint war, das ergiebt schon die Stellung des zweiten vom Adstipulator handelnden Kapitels zwischen der Strafe des Leugnens der Tödtung und dem dritten Kapitel L. 2 § 1 L. 27 § 4 D. h. t. Da jedoch die Lex Valeria (Bd. I § 162 s) den Executivproceß außer dem Fall des Judicats und Depensum aufhob, so klagte man aus der Lex Aquilia mit einer Condictio certi (L. 9 § 1 D. de R. C. 12, 1) oder incerti (Bd. I § 167), wie es seit der Lex Valeria aus jeder lex nova geschieht, auch wenn sie wie die Lex Quinctia und Mamilia (Haubold monum. 35. 37) noch eine Damnatio ausspricht L. un. D. de cond. ex lege (12, 2), vgl. § 320 b Rudorff Zeitschr. für gesch. Rechtswiss. XIV S. 374. 399. Irrthümlich werden der Lex Aquilia noch folgende allgemeine Proceßinstitute zugeschrieben (z. B. von Haenel, lex Visig. p. XCIV*):

1) Die Einführung der legis actio per manus iniectionem, wegen Gai. 4, 21, wo die Verbesserung lege aliqua für aquilia durch den Zusammenhang mit § 13. 19 geboten ist.

2) Die Einführung der Litiscrescenz. Diese stammt z. B. für die actio depensi aus der Lex Publilia, während die Aquilia sie nur beim ersten Kapitel vorschreibt L. 2 § 1 L. 21 § 10. 26 D. h. t. Collat. II 4. Wenn also in Rechtsquellen der spätesten Zeit die Aquilia als Quelle der Litiscrescenz genannt wird (L. Rom. Burg. 14, 15 Paul. sent. 4, 10 Nov. 18 c. 8), so kann nur die sententia legis gemeint sein. R.]

aa) Gai III 219 § 16 Inst. de lege aquilia (4, 3).

bb) Gai. IV 220—225 Coll. II 5, 4 Inst. IV 6 Dig. XLVII 10 Cod. IX 35: de iniuriis [Huschke Gaius S. 116—164.]

cc) L. 3 § 2 D. de iniur. (47, 2): pati quis iniuriam etiamsi non sentiat potest, facere nemo, nisi qui scit se iniuriam facere, etiamsi nesciat, cui faciat.

dd) L. 44 D. eodem.

contumelia, infamandi causa factum.[ee]) Sie ist möglich:[ff]) 1) verbis, hier ist hervorgehoben die Schmähung, öffentlicher Ruf namentlich von Mehreren, convicium,[gg]) ferner die schriftliche Injurie, libellus famosus, 2) re, durch sonstige Handlung, z. B. das pulsare, das verberare, d. h. schmerzhaftes Schlagen.[hh]) Wesentlich ist immer der animus iniuriandi.

Es giebt auch eine mittelbare Injuria, die jemand in der Person dessen erleidet, welcher in seiner Gewalt oder in einem analogen Verhältniß zu ihm steht, wie z. B. die Ehefrau.[ii])

In den Zwölf Tafeln war beim membrum ruptum talio, Wiedervergeltung, erlaubt, wenn der Thäter sich nicht mit dem Verletzten abfand, dieser konnte also willkürlich die Strafe dictiren.[kk]) Das Gesetz bevollmächtigte den nächsten Verwandten, für den Verletzten aufzutreten.[ll]) Bei andern Körperverletzungen, wo kein Glied unthätig gemacht war, waren 300 Asses, bei Verletzung eines Sclaven 150 Asses als Strafe festgesetzt, für sonstige Injurien 25 Asses.[mm]) Dieß wurde später bedenklich, hierauf bezieht sich eine Anecdote von L. Veratius bei Gellius.[nn]) Merkwürdig ist es, daß dagegen die ältesten Römer so empfindlich waren gegen einen Spott, der eine künstliche Form annahm, occentare, Singen eines Schimpfliedes, worauf die Todesstrafe stand.[oo])

Der Prätor führte statt der Strafbestimmungen der Zwölf Tafeln eine arbiträre Geldstrafe ein, die sich durch aestimatio iniuriae bestimmt; er gab die iniuriarum actio auf eine vom Kläger ästimirte, vom Richter je nach der Stärke der Injuria ermäßigte Geldsumme.[pp]) Die lex cornelia 673 verordnete für gewisse Fälle eine accusatio: beim pulsare, verberare, domum vi introire. Doch giebt es auch eine actio aestimatoria ex lege cornelia, nur nicht bei besonders gefährlichen Injurien.[qq])

In mehreren Fällen werden ohne Delict analoge Klagen gegeben, obligationes quasi ex delicto.[rr]) Zum Theil sind dieß Fälle, wo zwar ein Delict vorhanden ist, aber ein anderer daraus belangt werden kann, z. B. actio de effusis et deiectis. Sie geht auf das Duplum des Schadens gegen den Inhaber der Wohnung, bei Tödtung eines freien Menschen waren 50 aurei, bei

---

ee) L. 1 pr. D. eodem: Iniuria ex eo dicta est, quod non iure fiat: omne enim, quod non iure fit, iniuria fieri dicitur. Specialiter autem iniuria dicitur contumelia. L. 15 § 25 D. eod.

ff) L. 1 § 1 D. eodem.

gg) L. 15 § 2—14 D. eod.

hh) L. 5 pr. D. eod.

ii) L. 1 § 3—6 L. 15 § 24 L. 18 § 2—5 D. eod.

kk) Gai. II 223. [Wenn sich indeß der Beklagte dem Urtheil auf Talion nicht fügte, so kam es zu einem arbitrium litis aestimandae (Bd. I § 179 t Gell. XX 1: si reus, qui depacisci noluerat, iudici talionem imperanti non parebat, aestimata lite iudex hominem pecunia damnabat). R.]

ll) Cato bei Priscian VI 710 (Putsch.): si quis membrum rupit aut os fregit, talione proximus cognatus ulciscitur.

mm) Gell. XX 1: si iniuriam faxit alteri XXV aeris poenae sunto. Festus v. Viginti quinque poenae significat viginti quinque asses.

nn) Gell. XX 1.

oo) Fustuarium supplicium: Cic. de re publ. IV 10 Tuscul. IV 2 Cornutus ad Pers. I 137 (?) Porphyrio ad Horat. serm. II 1, 80 seqq. ep. II 1, 152 Paul. sent. V 4, 6.

pp) Collat. II 5. 6.

qq) L. 5 L. 37 § 1 D. de iniur. (47, 10). [Statt des Judiciums gestattet das Gesetz auch die Eidesdelation über den subjectiven Thatbestand (iniuriam se non fecisse) L. 5 § 8 eod. R.]

rr) Inst. IV 5: de obligationibus, quae quasi ex delicto nascuntur.

Verwundung arbiträre Geldstrafe festgesetzt.[ss]) Zum Theil sind es Fälle, wo noch gar keine Rechtsverletzung geschehen ist. Dahin gehört die actio de posito et suspenso gegen den, der es gefährlich aufgestellt oder aufgehangen läßt, auf 10 aurei.[tt]) Endlich, wo zwar eine rechtswidrige Handlung des Beklagten vorliegt, die aber nicht als Delict betrachtet wird. Ein Richter, der aus Versehen eine Partei benachtheiligt, z. B. in zu geringen Ersatz condemnirt hat, muß dafür einstehen (iudex litem suam facit).[uu])

Wenn ein Sclave ein Delict begeht, auf Befehl des Herrn, so ist dieser der Urheber. Servus nil deliquit, qui domino iubenti obtemperavit. Auch wenn der Herr um das Delict wußte und es verhindern konnte, haftet er direct, wie beim Befehl. Hier ist aber auch der Sclave als Urheber zu behandeln, doch war dieß unter den ältern römischen Juristen streitig.[vv])

Außer diesen Fällen haftet nur der Sclave direct und kann nach der Freilassung belangt werden. Da dieß während der Sclaverei nicht möglich ist, so ist eine Pflicht des Herrn anerkannt, den Sclaven zu vertreten. Der Herr kann servi nomine belangt werden, die Klage heißt noxalis (im Gegensatz zur directa), noxa oder noxia ist das Delict eines Menschen, der sich in potestate befindet.[ww]) Solche actiones noxales gaben die Zwölf Tafeln wegen Diebstahl, die lex aquilia wegen dieses Delicts, der Prätor wegen einzelner Delicte, z. B. Injurie, Raub, endlich wurde sie aus allen Delicten gegeben.[xx]) Belangt wird der zeitige Herr des Sclaven: noxa caput sequitur.[yy]) Will er ihn nicht vertheidigen, so wird der Sclave dem Kläger als Eigenthum zugesprochen. Uebernimmt der Herr die Vertheidigung und der Sclave wird schuldig befunden, so geschieht die Condemnation cum noxae deditione: der Herr hat

---

ss) L. 1 pr. D. de his qui effuderint (9, 3).

tt) L. 5 § 6 D. eod.

uu) pr. Inst. de obligationibus, quae quasi ex delicto (4, 5) L. 6 D. de extr. cogn. (50, 13).

vv) L. 2—5 D. de nox. act. (9, 4) [Zimmern § 75—80, Ribbentrop Correalobl. S. 243, Brinz Krit. Bl. IV 16, Bekker Consumption S. 230 f. Actionen S. 192, Krüger Consumt. und Rechtskraft S. 98, A. Pernice Labeo I S. 117 f.]

ww) Gaius IV 75. 78. 81. Inst. IV 8 Dig. IX 4 Cod. III 41: de noxalibus actionibus. Zimmern System der röm. Noxalklagen 1818. [Das schuldige Haupt (caput) ist der Sclave selber (L. 14 D. de O. et A. 44, 7: servi ex delictis quidem obligantur et si manumittuntur obligati remanent, ex contractibus autem civiliter quidem non obligantur, sed naturaliter et obligantur et obligant), der Herr haftet ohne eigene Schuld nur wegen seiner Potestas und kann sich daher durch Auslieferung an den Verletzten oder wie bei dinglichen Klagen durch Auslieferung oder Aufgeben der Potestas von Defension des Sclaven befreien: erst wenn er beides nicht will, zahlt er die Litisästimation; die noxae datio ist das Primäre, sie befreit den Beklagten, da nun der Kläger selbst als Eigenthümer den Thäter bestrafen kann. Vgl. Dirksen civ. Abh. S. 104, v. Wyß Haftung für fremde Culpa S. 20, Bechmann Anzeige von Wyß in der Krit. V. J. Schrift X S. 316, Bekker Actionen I S. 183 f., Karlowa Legisactionen S. 120 f., Sell aus dem Noxalrechte der Römer 1879 S. 23 ff. — Ueber den Begriff der noxa: L. 1 pr. D. si quadr. (9, 1) lex (XII tabularum) voluit aut dari quod nocuit aut aestimationem noxiae offerre. § 1 Noxia autem est ipsum delictum. Gai. L. 1 D. de nox. act. (9, 4) noxales actiones appellantur, quae — ex noxa atque maleficio servorum adversus nos instituuntur. quarum actionum vis ac potestas haec est, ut si damnati fuerimus liceat nobis deditione ipsius corporis quod deliquerit evitare litis aestimationem. Ueber die prätorischen Zusätze in Betreff der Cautionen und des Leugnens vgl. Rudorff ed. perp. § 24 p. 46 § 81 p. 93. Schlesinger über defensio bei Noxalklagen: Ztschr. für R. G. VIII S. 202—239. R.]

xx) Gai. IV 76.

yy) Gai. IV 77. [Ueber interrogatio in iure vgl. Bd. I § 173 m.]

die Wahl zwischen litis aestimationem sufferre und noxae datio;[zz]) stirbt der Sclave nach der Litiscontestation, so bleibt nur die erste.[aaa])

Ein Vergehen gegen den Herrn selbst hat keine rechtliche Wirkung, auch nachdem die Gewalt wieder aufgehört hat (es giebt weder eine directa actio gegen den Freigelassenen, noch eine noxalis gegen den nunmehrigen Herrn). Auch ein früheres Vergehen wird durch die Erwerbung getilgt, nach der Meinung der Sabinianer (nach der der Proculianer nur suspendirt), Justinian hat die erste Meinung vorgezogen.[bbb])

Nach altem Recht fanden die actiones noxales auch Statt gegen den Vater wegen der Delicte der Söhne. Justinian hob dieß auf; der Vater haftet nur wegen eigener Schuld.[ccc])

Auch wegen des von einem Thier angerichteten Schadens gab es eine actio noxalis, die actio de pauperie.[ddd]) Diese setzte aber eine ungewöhnliche Wildheit und Unbändigkeit, contra naturam sui generis voraus.[eee])

CCLXXVIII. Unerlaubte Handlungen können bestehende Obligationen modificiren, indem sie den Charakter einer Verletzung einer obliegenden Verbindlichkeit tragen, z. B. Vernachlässigung einer geliehenen Sache. Diese Verletzung begründet die Klage aus der bestehenden Obligatio auf Ersatz des Schadens. Auch hier sind zwei Erfordernisse: 1) Verletzung der Verbindlichkeit. Ob dieß Erforderniß vorhanden ist, wird von dem Inhalt der Obligatio abhängen. In dieser Beziehung sind die stricti iuris obligationes sehr beschränkt, die Pflichten des Schuldners werden hier wörtlich verstanden. Wenn jemand daher zum dare einer Sache durch Stipulation verpflichtet ist und dieselbe ist dadurch, daß er sie vernachlässigt oder keine Sorgfalt darauf gewandt

---

zz) Gai. IV 75 pr. § 2 Inst. de nox. act. (4, 8).

aaa) L. 3. 9 § 4 L. 42 § 1 D. de nox. act. (9, 4).

bbb) Gai. IV 78 § 6 Inst. eod. L. 18. 65 D. de furt. (47, 2).

ccc) § 7 Inst. de nox. act. (4,8). [Paul. sent. II 31. 9 L. 36 D. de iniur. (47, 10) und dazu Schlesinger in der Ztschr. für R. G. IX (1870) S. 239 f. — Ueber Noxalklagen wegen Personen in manu und mancipio vgl. Labeo bei Ulp. 12 ad edictum L. 9 § 1 D. quod falso tut. (27, 6) has in factum actiones heredibus quidem competere ceterisque successoribus, in eos vero non reddi Labeo scribit, nec in ipsum post annum, quoniam et factum puniunt et in dolum concipiuntur et *adversus eas personas quae alieno iuri subiectae sunt* noxales erunt. Vgl. Schlesinger Ztschr. für R. G. VIII S. 50. 57. 62. Darunter sind aber nur die personae servorum und filiorum familias zu verstehen Gai. 4, 75. 80, da die Ehefrauen eigenes Vermögen haben und die noxae datio selbst bei Haustöchtern ausgeschlossen war. — Wegen des Schadens durch leblose bewegliche Sachen findet nur ein Retentionsrecht und eventuell cautio de damno praeterito Statt. L. 9 § 2 D. de damno infecto (39, 2) L. 5 § 4 D. ad exhib. (10, 4) L. 8 D. de incendio (47, 9). Die vitia unbeweglicher Sachen muß der gesetzliche Defensor durch eine Caution vertreten, welche aber, falls er nicht Eigenthümer ist, nach der Regel, daß ohne Satisdation keine genügende Defension fremder Sachen anzunehmen ist, durch Bürgenstellung — nach dem Edict des praetor urbanus durch Sponsoren Paul. sent. 5, 10. 1 — verstärkt werden muß: suo nomine promittitur, alieno satisdatur L. 7 pr. D. de damno infecto (39, 2) Paul. ad ed. L. 166 D. de R. I. 50, 17. Die Stelle der noxae datio vertritt eine Besitzeinweisung, welche zunächst Besitzschutz und erst bei fortgesetztem Ungehorsam ex secundo decreto prätorisches Eigenthum giebt L. 7 § 1 D. eodem. So nach dem Edict (Rudorff ed. perp. §§ 3. 177. 309). Das Civilrecht hatte statt dieses Verfahrens eine legis actio aufgestellt, die aber unbequemer und unvollkommner war, indem sie keine Missionen gewährte und deshalb außer Gebrauch kam. Gai. 4, 31 Huschke de actionum formulis quae in lege rubria exstant, in deutscher Bearbeitung im Anhang zu seinem Gaius, und Bekker Actionen I S. 194 § 231. R.]

ddd) Inst. IV 9 Dig. IX 1: si quadrupes pauperiem fecisse dicetur.

eee) L. 1 § 4—7 D. si quadrupes (9, 1).

hat, beschädigt worden oder zu Grunde gegangen, so haftet er nicht, denn Verpflichtung zur Sorgfalt, Verwahren der Sache liegt nicht im dare.[a]) Deshalb kommt diese Lehre vornehmlich zur Anwendung bei bonae fidei obligationes (contractus), in denen die Pflicht nicht wörtlich beschränkt verstanden wird, sondern die darauf gehen: daß sich jeder gegen den andern gerecht und billig halte.[b])

2) Zurechnung, dolus oder culpa. Diese kann sein in faciendo und in non faciendo. Die letztere ist Unterlassung der Fürsorge zur Anwendung eines Nachtheils und diesem Fall der unerlaubten Handlungen eigenthümlich.[b*])

Stets muß gehaftet werden für den Schaden, den man der andern Partei durch dolus veranlaßt hat. Auch durch Vertrag kann man sich von der Haftung nicht befreien.[c]) Eben so aber wie Absicht wird behandelt eine grobe Nachlässigkeit, Unterlassung der allergewöhnlichsten Vorsicht und Behutsamkeit, culpa lata.[d])

Auf diese Haftung beschränkt sich die Verantwortlichkeit der Partei, die keinen Vortheil von dem obligatorischen Verhältniß hat, z. B. des Depositars, des Commodanten, weil es unbillig schien, mehr von ihnen zu fordern.[e]) Doch hat dieß Ausnahmen; eine größere Sorgfalt fordert man von denen, die fremde Geschäfte übernehmen, sofern es freiwillig geschieht: wer sich als Mandatar bestellen läßt, verspricht dadurch stillschweigend die größte Sorgfalt.[f])

---

a) L. 91 pr. D. de V. O. (45, 1): si servum stipulatus fuero et nulla mora intercedente servus decesserit, si quidem occidat eum promissor, expeditum est, sin autem negligat infirmum, an teneri debeat promissor — — — — — — an culpa, quod ad stipulationem attinet, in faciendo accipienda sit, non in non faciendo? quod magis probandum est, quia, qui dare promisit, ad dandum, non faciendum tenetur.

b) Die umfassendste Bearbeitung dieser Lehre ist: Hasse die Culpa des röm. Rechts 1815. Zweite Ausgabe von Bethmann-Hollweg 1838. [Vgl. Pernice Labeo II 1878.]

*b**) [Der Schuldner haftet also nicht 1) für die eigene Culpa des Gläubigers 'quod quis ex culpa sua damnum sentit non intellegitur damnum sentire L. 203 D. de R. I. (50, 17); 2) für die Culpa dritter Personen, außer in gewissen Fällen, in welchen aus polizeilichen Gründen eine Haftpflicht eintritt: Gastwirthe, Publicanen, Bewohner für effusum und deiectum, v. Wyß Haftung für fremde Culpa 1839; 3) für zufällige Ereignisse, d. h. solche, die weder durch Schuld des Gläubigers, noch des Schuldners, noch eines Dritten, für welchen der Schuldner nach n. 2 nicht haftet, veranlaßt sind, wird nichts ersetzt, z. B. der Sclave des Schuldners bestiehlt den Gläubiger, hier kann sich der Schuldner durch noxae datio dem Ersatz entziehen, es wäre denn, daß der Gläubiger nur im Interesse des Schuldners handelte, wie der Mandatar, Depositar, denn hier fällt dem Deponenten und Mandanten Culpa oder gar Dolus zur Last, wenn er nachlässig oder gar wissentlich einen diebischen Sclaven deponirte oder verpfändete L. 31 D. de pign. act. (13, 7) L. 62 D. de furtis (47, 2) L. 52 § 4 L. 60 § 1 L. 61 D. pro soc. (17, 2) L. 11 D. de R. C. (12, 1) L. 17 § 1 D. de praescr. verb. (19, 5). Vgl. Wächter im Archiv für civ. Pr. XV No. 5. 9, Schirmer Ztschr. für R. G. X (1871) S. 70—83, der eine Schulcontroverse annimmt. R.]

c) L. 23 D. de R. I. (50, 17).

d) L. 213 § 2 D. de V. S. (50, 16): lata culpa est nimia negligentia, i. e. non intelligere, quod omnes intelligunt. L. 226 D. de V. S. (50, 16): magna negligentia culpa est, magna culpa dolus est. L. 1 § 1 D. si mensor (11, 6): lata culpa plane dolo comparabitur. L. 32 D. depos. (16, 3): quod Nerva diceret, latiorem culpam dolum esse, Proculo displicebat, mihi verissimum videtur. Nam etsi quis non ad eum modum, quem hominum natura desiderat, diligens est, nisi tamen ad suum modum curam in deposito praestat, fraude non caret; nec enim salva fide minorem iis, quam suis rebus, diligentiam praestabit.

e) Collatio X 2 § 1. 2; 5. 7, 6 L. 5 § 2 L. 18 pr. D. comm. (13, 6).

f) Paul. sent. I 4. 1 L. 11. 13. 21 C. eod. (4, 35). [Eine abweichende Regel hat Modestin Coll. X 2. 3: in mandati vero iudicio dolus, non etiam culpa deducitur, quamvis singulariter denotare liceat, in tutelae iudicio utrumque deduci, cum solius pupilli, non etiam tutoris utilitas in administratione vertatur. Er trägt die aus der aequitas iudicii folgende Theorie vor, daß, wenn in einem b. f. iudicium der Vortheil allein auf einer Seite liegt,

Außer jenem Fall, also von dem, der einen Vortheil von dem obligatorischen Verhältniß hat, fordert man die höchste Sorgfalt, diligentia, dieses ist diligentia diligentis patrisfamilias, z. B. vom Commodatar, dem Deponenten, dem Faustpfandgläubiger, dem Verkäufer, dem Conductor. Ihre Vernachlässigung ist die geringere Schuld, culpa levis. Es ist die geringste, die überall prästirt wird, über die hinaus der Zufall liegt, für den niemand haftet.[g])

In einigen Fällen, z. B. bei dem Gemeinschaftsverhältniß, bei der Vormundschaft, die nicht freiwillig ist, hat man es billig gefunden, nicht jenen absoluten Maßstab zu gebrauchen, vielmehr den freizusprechen, der wenigstens so sorgfältig gewesen ist, als in seinen eigenen Angelegenheiten, diligentia quam suis rebus adhibere solet.[h])

Eine besonders gestaltete Verletzung von obligatorischen Obliegenheiten ist die rechtswidrige Verzögerung einer Leistung, mora.[i]) Sie kann von dem Gläubiger herrühren, mora creditoris, mora accipiendi, durch Verzögerung der Annahme der Leistung, die der Schuldner in gehöriger Art anbietet. Der Hauptfall aber ist die mora des Schuldners, mora solvendi. Diese geschieht durch Unterlassung der Leistung auf geschehene Mahnung, interpellatio.[k]) Nur ausnahmsweise tritt sie zuweilen ohne Interpellation ein.[l]) Die Wirkungen der Mora sind: Ersatz des Nachtheils; bei der mora accipiendi Reduction der Haftung des Schuldners auf dolus;[m]) bei mora solvendi Perpetuirung der Obligatio, der Schuldner wird nicht mehr durch zufälligen Untergang des Gegenstandes befreit.[n])

Aufhebung der Obligatio.[a])

CCLXXIX. Die Aufhebung einer Obligatio kann geschehen entweder ipso iure oder ope exceptionis.

Wenn das Recht einem Umstand die Wirkung der Aufhebung beilegt, so geschieht dieß regelmäßig so, daß mit seinem Eintritt die Obligatio von selbst zerstört wird, nicht mehr existirt, dieß ist die Aufhebung ipso iure. Nach altem

---

von der andern nur bona fides (dolus) prästirt wird (Coll. X 2 § 1. 2 L. 3 § 9 L. 29 pr. § 3 D. mand. 17, 1). Darnach beruht die Prästation von Diligentia also auf einem stillschweigenden Versprechen, also auf einer Abweichung von dieser Regel. R.]

g) L. 11 D. de peric. (18, 6) L. 13 § 1 L. 14 D. de pign. act. (13, 7) § 4 Inst. quib. mod. re (3, 14).

h) § 2 Inst. quib. mod. re (3, 14) L. 5 § 2 D. commodati (13, 6) L. 23 D. de R. I. (50, 17).

i) Dig. XXII 1: de usuris et fructibus et causis et omnibus accessionibus et mora. Besondere Bearbeitungen dieser Lehre lieferten: v. Madai die Lehre von der Mora 1837, C. W. Wolff zur Lehre von der Mora 1841. [F. Mommsen Beitr. III die Lehre von der Mora 1855 (Rec. von Windscheid Hdlb. krit. Ztschr. III 3 S. 253. 286). Kniep, die Mora des Schuldners 2 Bde. 1871. 1872.]

k) L. 32 pr. D. eod.: mora fieri intelligitur non ex re, sed ex persona, i. e. si interpellatus opportuno loco non solverit, quod apud iudicem examinabitur, nam difficilis est huius rei definitio — cum sit magis facti quam iuris cet. L. 91 § 3 D. de V. O. (45, 1): esse enim hanc quaestionem de bono et aequo, in quo plerumque sub auctoritate iuris scientiae perniciose erratur. *l*) Puchta Pandekten § 269.

m) L. 5. 17 D. de peric. et comm. (18, 6) L. 105 D. de V. O. (45, 1) L. 72 pr. D. de solut. (46, 3).

n) L. 5 D. de reb. cred. (12, 1) L. 59 § 5 D. mand. (17, 1) L. 24 D. de usur. (22, 1) L. 25 § 2 D. sol. matr. (24, 3) L. 39 § 1 L. 108 § 11 D. de leg. I. (30) L. 82 § 1 D. de V. O. (45, 1).

a) Gai. III 168—181 Inst. III 29: quibus modis tollitur obligatio. Dig. XLVI 3 Cod. VIII 42: de solutionibus et liberationibus.

Recht gab es nur solche Aufhebungsarten. Ist die Obligatio nicht so aufgehoben, so besteht sie iure noch, und nach altem Recht hatte eine solche auch noch stets vollkommene Wirkung, z. B. wenn das alte Recht für gewisse Fälle eine solenne Zahlung vorschrieb und der Schuldner hatte auf unförmliche Weise gezahlt, so konnte er belangt werden und wurde condemnirt.[b])

Neben diese einfache Aufhebung trat eine andere, per exceptionem. Der Schuldner erhält ein Recht, das die Wirksamkeit der Forderung ausschließt. So kann es geschehen, daß die Obligatio iure besteht, aber unwirksam, also in der That aufgehoben ist.

Drei Gründe können diese indirecte Aufhebung hervorbringen. Der erste Grund liegt in der Quelle. Wenn das prätorische Recht einem Umstand die aufhebende Wirkung beilegt, der sie iure civili nicht hat, so kann dieser gegen eine civilis obligatio nur indirect wirken. Die Obligatio ist daher nicht iure (civili) aufgehoben, der Schuldner ist nur tuitione praetoris liberirt und die Form dieses Schutzes ist eben die Exceptio.

Ein zweiter Grund liegt in der Beschaffenheit des aufhebenden Umstands selbst, namentlich in der Nichtförmlichkeit desselben gegenüber einer auf einem förmlichen Geschäft beruhenden Obligatio, deren förmliche Entstehung eine förmliche Aufhebung erfordert. So wirkt der einfache Erlaßvertrag, pactum de non petendo, nur ope exceptionis, und dieß war consequent, so lange die Contractstheorie bestand, wonach keine klagbare Obligatio durch bloßes pactum entstehen konnte.[c]) Manche Umstände sind endlich materiell von der Beschaffenheit, daß die Aufhebung ipso iure unpassend wäre, sie vielmehr fordern, daß statt einfacher Vernichtung der Forderung dem Schuldner ein Recht gegen dieselbe gegeben werde, so namentlich die Aufhebung durch Gegenforderungen.

CCLXXX. Es giebt viele einzelne Aufhebungsarten, theils allgemeine, theils besondere. Im ältesten Recht waren vielleicht alle der letzteren Art, einzelne wurden später allgemein.

Aufhebungen, die den einzelnen Contractsformen entsprechen, sind:

1) solutio per aes et libram. Sie geschah durch Aussprechung gewisser Worte vor fünf Zeugen und einem Libripens und Hingeben eines Stückchen Erz. Sie fand Statt bei Obligationen, die per aes et libram oder durch Judicat oder durch Damnationslegat entstanden sind, vorausgesetzt, daß der Gegenstand des letztern ein Certum und eine res ist, quae pondere und numero constat, und kommt im justinianischen Recht nicht mehr vor.[a])

2) acceptilatio (verbis) entsprechend der verborum obligatio.[b]) Quod ego tibi promisi habesne acceptum? habeo.[c]) Sie ist nur möglich bei verborum obligationes und kommt auch noch im neuesten Recht vor. Eine andere Obligatio kann aber in eine verborum obligatio verwandelt werden, um sie für diese Aufhebungsart geschickt zu machen, namentlich ist dieß bei mannig-

---

b) L. 35. 100. 153 D. de R. I. (50, 17). [Vgl. Leist über die Wechselbeziehung zwischen dem Rechtsbegründungs- und dem Rechtsaufhebungsacte 1876.]

c) Gaius IV 116. 126.

a) Cic. de leg. II 20. 21 Liv. VI 14 Gai. III 174 Festus v. nexum est (p. 165 a Müller). Huschke Recht des Nexum S. 224—244. [Die Formel bei dem Nexum und Judicat lautet nach Gai. III 174 so: quod ego tibi tot milibus condemnatus sum, me eo nomine recte solvo liberoque hoc aere aeneaque libra: hanc tibi libram primam postremamque expendo secundum legem publicam.]

b) Dig. XLVI 4: de acceptilatione. Cod. VIII 43: de acceptilationibus.

c) Gai. III 169. 176.

faltigen Obligationsverhältnissen üblich, die man mit einem Schlag aufheben wollte, stipulatio aquiliana.[d]) Ob die acceptilatio auch für einen Theil der Schuld möglich sei, wurde bezweifelt. Justinian hat dafür entschieden.[e])

3) acceptilatio literis. Hat jemand gegen dieselbe Person expensum und acceptum auf eine Summe gleichartiger Gegenstände, so hebt sich beides auf, daher konnte das expensum durch Eintragung eines gleichen acceptum getilgt werden.[f]) Diese Aufhebungsart ist nur bei literarum obligationes möglich.

4) mutuus dissensus, entsprechend der obligatio consensu. Diese Aufhebung setzt voraus, daß die Obligatio noch auf dem bloßen Consensus beruht. Sonst wirkt sie nur durch ein pactum de non petendo.[g])

Allgemeine Aufhebungsarten:

1) solutio, Erfüllung,[h]) Leistung des geschuldeten Gegenstands. Diese hebt die Obligatio ipso iure auf. Sie hat folgende Erfordernisse: der Gegenstand der Obligatio selbst muß geleistet werden. Wenn mit Zustimmung des Gläubigers aliud pro alio gegeben wird, datio in solutum, Geben an Zahlungsstatt, so war nach der Meinung der Sabinianer die Obligatio ipso iure aufgehoben, nach der der Proculianer nur ope exceptionis.[i]) Ferner muß die Zahlung an den Gläubiger oder dessen Bevollmächtigten geschehen.[k]) Will der Gläubiger die Zahlung nicht annehmen, so kann der Schuldner die Schuld bei Gericht deponiren.[l]) Die Zahlung muß von dem, der sich auf dieselbe beruft, bewiesen werden.[m]) Der Beweis kann geführt werden durch Quittung, Empfangsbekenntniß, gegen welche innerhalb 30 Tagen die querela non solutae pecuniae gegeben wird.[n])

2) Es giebt Fälle, wo der Gläubiger befriedigt ist, ohne eigentliche Zahlung. Hier ist der Schuldner ope exceptionis befreit. Ein solcher Fall ist die Compensation,[o]) wenn der Gläubiger hinwiederum Schuldner seines Schuldners ist und der Gegenstand beider Forderungen fungible Sachen gleicher Art sind, also Abrechnung zulassen, so können beide Forderungen durch Abrechnung ganz oder theilweise aufgehoben werden. Jeder ist dadurch befriedigt, daß er das, was er schuldet, behält, so daß nur der Ueberschuß der einen Forderung über die andere bleibt.

Ursprünglich galt nur bei bonae fidei obligationes der Grundsatz, daß der Richter auf solche Gegenforderungen Rücksicht zu nehmen hat, vor allem ex eadem causa, dann aber auch ex dispari causa. Es liegt dieß schon im Officium Judicis, in den Worten ex bona fide, denn der Gläubiger handelt dolose, wenn er fordert, was er sofort zurückgeben muß. Es ist daher auch keine

---

d) L. 18 § 1 D. de accept. (46, 4) § 3 Inst. quib. mod. toll. (3, 29).
e) Gaius III 172 § 1 Inst. quib. mod. toll. (3, 29).
f) Gaius IV 64.
g) L. 35 D. de R. I. (50, 17).
h) Dig. XLVI 3 Cod. VIII 42: de solutionibus et liberationibus.
i) Gai. IV 168.
k) Gai. II 84. 85 L. 12 pr. § 4 L. 14. 15 D. de solut. (46, 3).
l) L. 1 § 3 D. de peric. (18, 6).
m) L. 1 C. de probat. (4, 19).
n) L. 14 § 2. 3 C. de non num. pec. (4, 30).
o) Gai. IV 61—69. Paul. sent. II 5, 3. Dig. XVI 2. Cod. IV 31: de compensationibus. Bethmann-Hollweg Beitrag zur Lehre von der Compensation, Rhein. Mus. I 257 f. [Brinz die Lehre von der Compensation 1849, v. Scheurl Beiträge (1852) Nr. VII, Dernburg die Compensation 2. Aufl. 1868, Eisele die Compensation 1876.]

Exceptio in der Formel nothwendig. [p]) Außerdem muß ein Argentarius immer abziehen, was er seinem Gegner nach seinen Büchern schuldet, weil das acceptum das expensum ipso iure tilgt. Thut er es nicht, so hat er zu viel gefordert und verliert den Proceß. Auch hier ist also keine Exceptio nöthig. [q]) Endlich wird die Compensation, jene Erfordernisse vorausgesetzt, auch gegen strictae actiones zugelassen. Hier ist nun aber eine exceptio doli nothwendig. Dafür wird ein Rescript des D. Marcus angeführt. [r]) Bei Geltendmachung der Compensation wird die Forderung als erloschen angesehen von der Zeit an, wo die Gegenforderung entstand. [s])

---

p) L. 173 § 3 D. de R. I. (50, 17). Die Einrede der Compensation war bei bonae fidei iudicia zu exprimiren, aber sie galt ursprünglich als eine ganz specielle, nur ex eadem causa (Savigny System V S. 467). [Ueber die Entstehung dieses Rechtssatzes aus der bedungenen Kürzung des Preises vgl. § 269 Note c. R.] Nachher entstand die Ansicht, sie sei als doli exceptio zu behandeln, wodurch es kam, daß sie allgemein auch ex dispari causa zugelassen wurde.

q) Gai. IV 64. 66. 68. Plaut. Aulul. III 5. 55 56. ubi disputata est ratio cum argentario, Etiam plus ipsus debet argentario. Captiv. I 2, 89 subducam ratiunculam, quantillum argenti mihi apud trapezitam siet. [Der Argentarius muß als öffentlicher Rechnungsführer den Abzug selbst besorgen (agere cum compensatione), dieser bleibt nicht wie im b. f. Iudicium dem Richter überlassen. Er darf also weder einfach sein Guthaben noch seinen Saldo einklagen, weil er erstern Falls die Gegenforderung seines Geschäftsfreundes unbillig ignoriren würde, während er sie im letztern unbedingt anerkennte, seine Intentio lautet vielmehr si paret N. Num A° A° decem milia dare oportere amplius quam A. Aum N. N° dare oportet. In der Mitte zwischen der compensatio des Argentarius und den b. f. iudiciis steht die deductio des bonorum emtor, der eine um Procente gekaufte Forderung des defraudator von dem Schuldner und gleichzeitigen Gläubiger des letztern einklagt. Gai. IV 65 sqq. L. 15 D. ratam (46, 8) L. 11 C. depos. (4, 34). Er muß die Gegenforderung des letztern zum vollen Betrag, nicht bloß zum Procentsatz in Abzug bringen. Da es sich aber um eine Vermögensgesammtheit handelt und daher auch ungleichartige und befristete Gegenforderungen zur Liquidation kommen, so kann und braucht er die Rechnung nicht selbst zu stellen, sondern nur den Judex zu einer deductio in der Litisästimation autorisiren zu lassen, die in der condemnatio etwa so erwähnt wird: si paret N. Num L° Titio (defraudatori) X milia dare oportere, iudex quantum inde supererit, deducto quicquid L. Titium N° N° ob eam rem, quod is de N° N° centum modios tritici boni emit, ex fide bona dare facere oportet, tanti N. Num A° A° condemna, si n. p. a. Vgl. Dernburg Emtio Bonorum 1850 S. 147, v. Scheurl a. a. O. S. 155. R.]

r) § 30 Inst. de actionibus (4, 6). Savigny System V S. 468. 472. [Die Meinungen über diese exceptio gehen weit auseinander: Brinz § 25. 29. 32. 36. 39 hält sie für eine Einrede der Retention, nicht der Compensation: eine doli exceptio wegen compensabler Gegenforderung kannte schon Julian L. 2 D. de compens. (16, 2), nur freilich nicht mit der Wirkung, daß abgerechnet, sondern abgewiesen wird, so daß nicht durch sie, sondern wegen ihrer außergerichtlich Compensation eintritt. Diese exceptio doli fiel aber schon in der dritten Periode weg (Note s) und das Recht des Argentarius wurde die Regel. In der vierten Periode wurde auch die Einrede der Retention aufgehoben und die neue Compensation wirkt daher ipso iure nur ohne causa cadere. Scheurl a. a. O. S. 161 ff. interpretirt nach Theophilus ad § 30 I. cit. das Rescript von Marcus dahin, daß, wenn der Schuldner gegen eine Condiction wegen einer Gegenforderung in iure doli exceptio vorschützte, der Formel eine Einrichtung gegeben werden sollte, nach welcher der Kläger nicht mehr, wie es nach Einschaltung jener Exception geschehen müßte, mit seiner ganzen Forderung abgewiesen, sondern diese bloß gemindert wird. Dieß geschah so, daß die Intentio entweder wie die des Argentarius auf das amplius, oder nach erfolgtem Abzug der Gegenforderung (deductio in diesem Sinn) auf den Saldo gerichtet wurde. Paul. II 5, 3. Durch diese gleichsam durch das Recht selbst (ipso iure) und den Richter bewirkte Abänderung sparte man das Rechtsgeschäft der Compensation und cautio de rato L. 21 D. h. t. Die Gefahr, durch plus petere Alles zu verlieren, dauerte freilich bis in die vierte Periode fort. — Dernburg a. a. O. S. 180 ff. weist auf die exceptiones minuendae condemnationis hin und nimmt an, daß der Richter seit Marc Aurel auf Grund der doli exceptio nicht bloß absolviren, sondern auf weniger condemniren konnte. Aeußere Zeugnisse für diese Meinung sind besonders Theoph. ad § 30 I. cit. L. 6 § 1 D. ratam (46, 8). R. — Vgl. Eisele Compensation S. 58 ff., Pernice Labeo II (1878) S. 126 ff.]

s) L. 4. 21 D. de compens. (16, 2). [Eine Streitfrage ist, ob diese Wirkung ipso iure oder ope exceptionis eintrete? Die Glossatoren faßten sie materiell, von der Aufhebung der Obligatio ohne menschliche Thätigkeit wie bei der confusio: in diesem Sinn wirkt die Compensation

3) Eine Befriedigung des Gläubigers liegt auch darin, daß mit der Zustimmung des Gläubigers an die Stelle der bisherigen Forderung eine andere tritt. Dieß Rechtsgeschäft heißt novatio, [t]) Umwandlung der bisherigen Obligatio in eine neue, welche an die Stelle der alten dadurch aufgehobenen tritt. Die Novation setzt eine bestehende Obligatio voraus (welche auch eine naturalis sein kann), daher bei einer bedingten Obligatio auch die neue, durch Novation entstandene, bedingt ist. [u]) Die Novation enthält somit zweierlei: Aufhebung der alten, Entstehung einer neuen Obligatio. [v])

Diese Wirkung ist manchen Umständen durch das Recht beigelegt worden, so daß sie eine unwillkürliche Folge derselben ist, novatio necessaria, durch Litiscontestation und Urtheil. [w]) Aber sie kann auch absichtlich durch ein zu diesem Zweck vorgenommenes Rechtsgeschäft hervorgebracht werden, novatio voluntaria. Die Form ist hier die Stipulation oder Literae, letztere bei den nomina transscripticia, § 274. Ein Beispiel der Novation durch Stipulation ist: quod te mihi ex causa emti centum milia dare oportet, haec centum milia dare spondes? spondeo. Hier wird die Obligatio ex emto aufgehoben und eine Obligatio ex stipulatu an ihre Stelle gesetzt. Es bedarf nicht erst eines besondern Aufhebungsacts, die Aufhebung liegt schon in dem ganzen Geschäft, daher bildet die Novation selbst eine Aufhebungsart. Nur wo solutio per aes et libram vorgeschrieben war, mußte diese nach älterem Recht vorausgehen. Immer ist der animus novandi wesentlich, sonst gilt die alte, wie die neue Obligatio. Die römischen Juristen stellten Fälle auf, wo der animus novandi präsumirt werden solle, iure fit novatio, worüber indessen Streit war. [x]) Justinian bestimmte, der animus novandi solle nie präsumirt werden. [y])

Die neue Obligatio kann sich von der alten unterscheiden, entweder bloß durch die causa, so in dem vorigen Beispiele und der stipulatio aquiliana, oder

---

nur ope exceptionis, denn mit der Coexistenz beider Forderungen tritt nur Compensabilität, nicht die actuelle Compensation ein. — (Brinz in Bekker's Jahrb. II 24. Schultze ipso iure compensari 1860). — Ubbelohde über den Satz ipso iure compensatur (1857) nimmt die Frage bloß processualisch und deducirt, daß es im neuesten römischen Proceß keiner exceptio bedurfte. — Dernburg zieht die Frage auf das Gebiet des objectiven Rechts und führt aus, daß die Compensation ein Rechtsinstitut, unabhängig vom Richter, geworden sei. Dieß kommt Papinian's aequitas merum ius compensationis inducit (L. 36 D. de adm. tut. 26, 7) am nächsten, nur hätte zugleich die Unabhängigkeit vom Gegner betont werden sollen. In den leges locationum (Cato de re rust. 144 § 5. 6. 145 § 9) pflegte dieß durch die Clausel viri boni arbitratu deducetur neque debebitur für Gegenforderungen wegen Entwendung oder Beschädigung ausbedungen zu werden. Der arbitratus erfolgte im Schätzungsverfahren und führte zu jener gerichtlichen Abminderung oder Aufhebung der Forderung, welche ein wesentliches Element der b. f. iudicia bildet. Doch konnte die richterliche Thätigkeit durch Selbstschätzung ausgeschlossen werden. Das geschah durch die Clauseln quanti conductum erit aut locatum erit deducetur et tanto minus debebitur oder mit Angabe der Summe: in singulas sumptiones HS. N. XL (sestertii nummi quadraginta) deducentur neque debebuntur. R. — Vgl. noch Eisele Compensation S. 133 ff., Lenel über Ursprung und Wirkung der Exceptionen S. 139 ff.]

t) Gai. III 128. 129. 176—179. Paul. sent. V 8. Dig. XLVI 2. Cod. VIII 41: de novationibus et delegationibus.

u) L. 14 pr. eod. L. 36 D. de reb. cred. (12, 1).

v) L. 1 D. de nov. (46, 2): Novatio est prioris debiti in aliam obligationem vel civilem vel naturalem transfusio atque translatio, hoc est, cum ex praecedenti causa ita nova constituitur, ut prior perimatur. Novatio enim a novo nomen accipit et a nova obligatione.

w) Gaius III 180. 181 IV 106. 107 Vat. fragm. § 263. L. 29 D. de novat. (46, 2). [Ebenso bei der Eidesdelation L. 26 § 2 D. de iureiur. 12, 2. R.]

x) Gaius III 177. 178.

y) L. 8 C. de nov. (8, 41) § 3 Inst. quib. mod. toll. (3, 29).

durch den Inhalt, z. B. feste Bestimmung des Gegenstandes, dies, Bürgen, endlich in den Personen. Es kann nämlich dadurch ein neuer Schuldner statt des alten eintreten, ohne Mitwirkung des alten, expromissio schlechtweg, [z]) oder mit derselben, delegatio. Ferner ein neuer Gläubiger, den der alte an seine Stelle treten läßt, delegatio. [aa])

Jene doppelte Wirkung der Novation kann auch theilweise eintreten, d. h. bloße Aufhebung, nicht durch Entstehung einer neuen Obligatio. Zwei Fälle sind zu unterscheiden:

a) Ist die neue Obligatio ungültig aus einem Grund, der den ganzen Act trifft, so tritt gar keine Wirkung ein. So, wenn mit einem Peregrinen stipulirt worden ist; ist die neue Obligatio bedingt, so ist es die ganze Novation. Servius war anderer Meinung, die aber verworfen wurde.

b) Ist sie aus einem andern Grund ungültig, so gilt wenigstens die Aufhebung. Ausgenommen, wenn die Handlung mit einem Sclaven vorgenommen worden ist, der obligirt werden soll. Eigentlich wäre hier die alte aufgehoben, denn das Geschäft mit dem Sclaven ist nicht völlig wirkungslos. Dieß war auch Servius Meinung. Die Praxis jedoch war eine andere. [bb])

4) Die Obligationen können auch ohne Befriedigung des Gläubigers aufgehoben werden, theils absichtlich, theils unwillkürlich. Absichtlich durch das pactum de non petendo, Erlaßvertrag. [cc]) Dieses wirkt regelmäßig nur ope exceptionis, durch ein späteres pactum de petendo wird wieder alles wie zuvor (§ 279 c). Eine Ausnahme findet Statt bei der iniuriarum actio und actio furti, wo die Zwölf Tafeln dem Pactum directe Wirkung beigelegt haben. [dd]) Ferner, wo es dissensus ist, der den consensus aufhebt, wird ebenfalls die Obligatio absichtlich aufgehoben. [ee]) Keine Aufhebung bewirkt das pactum, wenn es auf Zeit oder auf gewisse Personen gestellt ist, pactum ne intra certum tempus petatur, oder in personam ne a me petas, hier ist gegen die Erben eine Klage möglich. [ff]) — Ein pactum de non petendo liegt auch im Vergleich, transactio, [gg]) vertragsweiser Bestimmung eines ungewissen, über-

---

z) L. 8 § 5 D. de novat. (46, 2) L. 91 D. de solut. (46, 3).

aa) L. 11 D. de novat. (46, 2) delegare est vice sua alium reum dare creditori, vel cui iusserit. Fit autem delegatio vel per stipulationem, vel per litis contestationem. [Im Gegensatz zu der im Text aufgestellten, jedoch erst durch die französische Schule des 16 Jahrhunderts aufgekommenen Unterordnung der Delegation unter die Novation weist Salpius Novation und Delegation nach röm. Recht 1864. S. 25 f. der Delegation eine ganz andere Stelle an. Delegation war jede durch Promission vollzogene Anweisung; im engern Sinn Creditanweisung, iussus stipulandi und promittendi, also vom iussus agendi und solvendi verschieden; gleichwohl galt sie in Rom, ja noch im Mittelalter in Italien als Zahlung, solvit qui reum delegat (L. 8 § 3 D. ad S. C. Vell. 16, 1). Die Richtigkeit dieser Auffassung erhellt unter andern aus der delegatio donationis causa (L. 2 C. de don. 8, 53), die keine Novatio sein kann, weil eine Obligatio zwischen Schenker und Beschenktem gar nicht voranging. R. — Vgl. A. Pernice Labeo I S. 507 ff.]

bb) Gai. III 179. [Die Meinung des Servius beruht auf der ältern Anschauung, vermöge deren die Novationsstipulation gleich der Litiscontestation eine (außerprocessualische) Deduction und Consumtion nach bestimmten formulae certae und incertae, z. B. der stipulatio aquiliana, Lex Rubria c. 20 u. s. f. enthielt, nur mit dem Unterschied, daß die neue obligatio auf dare, nicht auf condemnari oportere gerichtet ist. Salpius S. 26. R.]

cc) Dig. II 14 Cod. II 3: de pactis (et conventis).

dd) L. 6. 7 § 15 D. de pact. (2, 14).

ee) L. 27 § 2. 3 D. de pact. (2, 14).

ff) Gai. IV 122.

gg) Dig. II 15 Cod. II 4: de transactionibus. Cod. Theod. II 19: de pactis et transactionibus. [Das pactum wie die transactio beziehen sich ursprünglich gar nicht auf die Obligatio, sondern auf die Actio, sie sind Friedens- und Sühneverträge, welche die Rechtsverfolgung

haupt streitigen Rechtsverhältnisses durch gegenseitiges Nachlassen.[hh]) — Auch ein beigefügter Endtermin hat die Wirkung der Aufhebung ope exceptionis.[ii])

Unwillkürliche Aufhebungsarten ohne Befriedigung sind: die Confusion, Zusammentreffen von Forderung und Schuld in einer Person. Ferner: Capitis Deminutio, doch sind davon ausgenommen die obligationes ex delicto und Obligationen, die naturalem praestationem haben, auf einem natürlichen Bedürfniß oder Grund beruhen, z. B. Alimente.[kk]) Nur der civile Theil der Obligatio geht unter, naturalis obligatio manet. Den Gläubigern wird gegen die capitis deminutio ihrer Schuldner geholfen: 1) bei der maxima und media haben sie Ansprüche gegen die, an welche das Vermögen kommt, wenigstens auf Ueberlassung desselben,[ll]) 2) bei der minima wird dem Gläubiger seine Klage restituirt.[mm]) Endlich: Tod. Diese Aufhebungsart tritt jedoch nur ausnahmsweise dann ein, wenn Forderung und Verbindlichkeit nicht auf die Erben übergeht.[nn])

---

durch gültige Beilegung abwenden oder die schon begonnene endigen sollen. Im ältesten Recht war es die eigenmächtige Rechtsverfolgung, welche durch die Sühne abgekauft wurde: die Talion bei der Injurie, die Züchtigung des ergriffenen Diebes (§ 277 k, kk), die Manus Injectio gegen den Verurtheilten (Bd. I § 179 l) oder vor Gericht Gerufenen (L. 22 § 1 D. de in ius voc. 2, 4, bei welcher letztern Veranlassung die Lehre vom pactum und der transactio in den Quellen vorkommt): in dieser Zeit war pactum die Herstellung des durch den Friedensbruch verletzten Rechtsfriedens (L. 1 § 1 D. de pactis 2, 14 inde etiam pacis nomen appellatum est), transactio das Ende der Fehde (finis litis L. 229. 230 D. de V. S. 50, 16). Im spätern Recht, in welchem an die Stelle der Eigenmacht die Anklage oder Delictsklage trat, transigirte man über diese, nur durfte der Vertrag nicht gegen die Strafgesetze und Strafproceßordnung verstoßen (L. 7 § 7 D. de pactis 2, 14 L. 18 C. de transact. 2, 4 L. 1 § 7 D. ad S. C. Turpill. 48, 16). Auch entging der depectus der Infamia nicht (§ 216 l). Selbst im Gebiet der Geschäftsklagen kann man paciscіren (Note dd), zunächst aber ist es auch hier die Klage (petitio), welche durch das Pactum de non petendo aufgehoben wird, und darin liegt der Unterschied von dem consensus in contrarium, welcher zwar eben so formlos ist, wie das Pactum, aber nicht die Rechtsverfolgung, sondern ihre Quelle, die Obligatio trifft. Erst später entstand der allgemeine Begriff der remissio obligationis mercedis, pignoris, der auch die Obligatio selbst tilgt. L. 34 C. de transact. (2, 4) L. 4 C. de duob. reis (8, 39). Vgl. die klare und überzeugende Auseinandersetzung v. Völderndorff's Zur Lehre vom Erlaß. 1850, Scheurl Beitr. 1854 Nr. XIV. R.]

hh) L. 1 D. de transact. (2, 15): qui transigit, quasi de re dubia ab lite incerta neque finita transigit, qui vero paciscitur donationis causa, rem certam et indubitatam liberalitate remittit.

ii) L. 44 § 1 D. de obl. et act. (44, 7).

kk) L. 2 § 3 L. 7 § 1 L. 8—10 D. de cap. min. (4, 5).

ll) Gai. III 84.

mm) Gai. IV 38.

nn) Gai. IV 110. 111 § 5 Inst. de perp. et temp. act. (4, 12).

Neuntes Kapitel.

Die den Vermögensrechten analogen Rechte an Personen.[a])

Potestas über Sclaven.

CCLXXXI. Unter den verschiedenen Arten von Rechten treten besonders zwei am stärksten vor, welche gewissermaßen Fundamente des Privatrechts sind. Einmal die Rechte an Sachen, an der Spitze derselben das Eigenthum, der Grundbegriff des Vermögens. Ihnen schließen sich die Obligationen an, das Moment der Bewegung im Recht; der Uebergang und Austausch von Gütern, der Verkehr wird durch die Obligationen vermittelt. Die zweite Hauptmasse von Rechten sind die Rechte an Personen. In dieser Form erscheinen die Familienverhältnisse im Recht.

Die Familienverhältnisse sind entweder reine oder den Vermögensrechten analoge Rechte an Personen. Dieß sind die im römischen Recht unter dem Namen ius zusammengefaßten: potestas an Sclaven und Kindern, manus, mancipium. Nach ältestem Recht wurde auch die Tutel als eine solche Gewalt behandelt. Im Justinianischen Recht ist die zweite und dritte Gewalt untergegangen. Man kann diese Rechte überhaupt so definiren: Es sind Gewalten an Personen in vermögensrechtlicher Hinsicht, Gewalten über die vermögensrechtliche Stellung der Person.

Sclaven werden erstens als Sachen behandelt: insofern stehen sie im Eigenthum, zweitens als Menschen: insofern sind sie zugleich der Potestas unterworfen.

Die Potestas über Sclaven hat zwei Seiten. Sie enthält einmal eine Gewalt über die Existenz des Subjects, deren Gipfel das ius vitae et necis ist (§ 212). Zweitens erwirbt der Sclave nicht sich, sondern dem Herrn, in dessen Gewalt er steht (§ 203). Der Sclave ist ein Werkzeug, durch das der Herr Rechtsgeschäfte vornehmen kann,[b]) natürlich mit Ausnahme solcher Handlungen, deren eine servilis persona unfähig ist, z. B. gerichtlicher Hand-

---

a) Gai. I 48—141 Inst. I 8—12.

b) pr. Inst. de stip. serv. (3, 17): servus ex persona domini ius stipulandi habet. L. 5 § 4 de auct. tut. (26, 8): solent honestiores non pati, nomina sua instrumentis inscribi.

lungen.[c]) Nimmt nun der Sclave eine Erwerbshandlung vor, so erwirbt der Herr, mag nun der Sclave ausdrücklich für ihn gehandelt haben oder nicht: der Sclave ist ein nothwendiger Repräsentant des Herrn.[d]) Zu reinen Erwerbshandlungen ist ein Befehl des Herrn nicht nothwendig, wohl aber, wenn mit dem Erwerb eine Verpflichtung untrennbar verbunden ist, z. B. bei dem Antritt einer Erbschaft.[e]) Eine Ausnahme tritt ferner ein beim Erwerb des Besitzes, diesen erwirbt der Herr durch den Sclaven nicht ohne sein Wissen und Wollen (§ 228).

Der Herr kann von seinem Vermögen einen Theil absondern und dem Sclaven zur Verwaltung überlassen, ein solcher Theil heißt peculium, er ist jedoch nur factisch, nicht rechtlich vom Vermögen des Herrn getrennt. Peculium ist aber ein Gut nicht schon dadurch, daß der Sclave es im Besitz hat, sondern es muß eine concessio peculii hinzukommen.[f]) Es wird vermehrt durch den Erwerb des Sclaven, den er mit den res peculiares macht.[g]) Wenn ihm libera administratio gegeben ist, ist er auch zur Veräußerung befugt, nur nicht zum Verschenken.[h]) Durch die concessio peculii erklärt der Herr im allgemeinen seinen Willen, daß der Sclave für ihn erwerbe, daher kann dieser ohne dessen Wissen Besitz für das Peculium, also für den Herrn erwerben (§ 228).

Die Potestas über den Sclaven wird erworben mit dem Eigenthum,[i]) aber nur der Eigenthümer, der den Sclaven in bonis hat, hat die Potestas mit obiger Wirkung. Mehrere Miteigenthümer haben die Potestas und erwerben also durch den Sclaven jeder pro rata, nur wenn der Sclave ausdrücklich bloß für einen seiner mehrern Herrn erwirbt, ist eine Ausnahme begründet. Wenn der Sclave bloß auf den Befehl eines der Herren eine Erwerbshandlung vornimmt, aber ohne Hinzufügung des Namens bei der Ausführung, so erwirbt er nach den Sabinianern, deren Meinung auch Justinian recipirte, nur diesem allein, nach den Proculianern dagegen erwirbt er Beiden.[k]) Ein dingliches Recht außer dem Eigenthum giebt keine Potestas, doch ist ein Erwerb durch den Sclaven angenommen worden zu Gunsten des Usufructuars. Indessen erwirbt dieser durch den Sclaven nur aus zwei Gründen: 1) ex re sua, d. h. wo das eigne Gut des Usufructuars den Erwerb vermittelt, dieser Erwerb liegt schon im Usus des Sclaven; 2) ex operis servi, d. h. wo die Dienste des Sclaven den Erwerb vermitteln, dieser Erwerb liegt erst im fructus. Derselbe beschränkte Erwerb wurde angenommen für den bonae fidei possessor eines Sclaven und eines freien Menschen.[l])

Verpflichtet wird der Herr, abgesehen von den actiones adiecticiae qualitatis (§ 266) und den Noxalklagen (§ 277), durch die Geschäfte und Delicte des Sclaven nicht.

---

c) Gai. II 96.
d) L. 1 pr. D. de stip. serv. (45, 3).
e) Gai. II 87 Ulp. XIX 18. 19 pr. Inst. per quos poss. (2, 9).
f) L. 4 pr. § 2 D. de peculio (15, 1).
g) L. 31 § 2 D. de donat. (39, 5).
h) L. 7 D. de donat. (39, 5).
i) L. 215 D. de V. S. (50, 16): potestatis verbo plura significantur, in persona servi dominium.
k) Gai. III 167 § 3 Inst. per quas pers. obl. (3, 28) L. 6 D. de stip. serv. (45, 3) L. 3 C. per quos (4, 27).
l) Gai. II 86. 91. 92 III 164—166 § 1. 2. Inst. per quas pers. nob. obl. (3, 28).

Patria Potestas.[a])

CCLXXXII. Die Kinder stehen unter gewissen Voraussetzungen in der Potestas des Vaters. Diese Potestas war ursprünglich der über die Sclaven gleich, später wurde sie bedeutend modificirt, obwohl noch immer eine Analogie blieb. Zwei Punkte sind zu unterscheiden, in denen der Charakter der väterlichen Gewalt besteht: die persönliche Macht des Vaters und der Erwerb durch die Kinder.

1) Die Macht über die Existenz war ursprünglich uneingeschränkt. Der Vater hatte namentlich das ius vitae et necis, von dessen Ausübung wir viele Beispiele finden. Noch in der lex pompeia de parricidiis sind die Kinder nicht genannt.[b]) So geht auch aus den Comödien des Plautus hervor, daß das tollere filium willkürlich und eine Aussetzung möglich war.[c]) Nur eine Beschränkung des ius vitae et necis war durch ein altes Gesetz, das dem Romulus zugeschrieben wurde, gegeben: ein Kind unter drei Jahren durfte nicht getödtet werden, wenn es nicht mit Zuziehung von fünf Zeugen für eine Mißgeburt erkannt war, eine solche aber sollte nach den Zwölf Tafeln sofort getödtet werden.[d]) Der Vater hat das Recht der Mancipatio. Söhne fallen zweimal in die Patria Potestas zurück. Dieß ist nicht eine Ungunst gegen die Söhne, sondern eine Begünstigung. Sie verlieren nicht so leicht das gesetzliche Erbrecht.[e])

Diese Strenge milderte sich. In der dritten Periode kam das ius vitae et necis nicht mehr zur Anwendung ohne obrigkeitliche Anordnung. Härtere Strafen, die über Züchtigung hinausgehen, finden bloß unter Mitwirkung der Obrigkeit Statt.[f]) Auch die Mancipation wurde wahrscheinlich auf noxae datio und Scheinmancipatio beschränkt. Ein Gläubiger soll relegirt werden, der wissentlich einen Filiusfamilias als Pfand von dem Vater angenommen hat.[g])

Nach neuestem Recht ist das ius vitae et necis ganz aufgehoben. Tödtung des Kindes ist parricidium,[h]) nur mäßige Züchtigung ist erlaubt.[i]) In andern Fällen tritt die Obrigkeit ein. Das Mancipationsrecht verlor sich, auch die Scheinmancipation ist im justinianischen Recht aufgehoben. Nur erlaubt Constantin sanguinolenti, eben geborene Kinder im Fall der Noth zu verkaufen, jedoch mit steter Möglichkeit der Auslösung.[k]) In Novelle 134 c. 7 verbietet Justinian die Verpfändung der Kinder und erschwert die Strafen für die Gläubiger, die ein solches Pfandrecht ausüben wollen.

---

a) Inst. I 9 Cod. VIII 46: de patria potestate.

b) L. 1 D. de lege pompeia (48, 9).

c) Plaut. Amphitruo I 3, 3.

d) Dionys. II 15: ἀποκτιννύναι δὲ μηδὲν τῶν γενομένων νεώτερον τριετοῦς, πλὴν εἴ τι γένοιτο παιδίον ἀνάπηρον ἢ τέρας εὐθὺς ἀπὸ γονῆς. ταῦτα δ' οὐκ ἐκώλυσεν ἐκτιθέναι τοὺς γειναμένους, ἐπιδείξαντας πρότερον πέντε ἀνδράσι τοῖς ἔγγιστα οἰκοῦσιν, ἐὰν κἀκείνοις συνδοκῇ. Cic. de legib. III 8: cito necatus tanquam ex XII tabulis, insignis ad deformitatem puer.

e) Ulpian. X 1.

f) L. 3 C. de patria pot. (8, 46).

g) Gaius I 114. S. auch L. 5 D. quae res pign. (20, 3) Paul. sent. V 1, 1.

h) L. un. C. Th. de parricidiis (9, 15) = L. un. C. de his, qui parentes vel liberos occiderunt (9, 15).

i) L. un. C. Th. de emend. prop. (9, 13) L. un. C. eod. (9, 15).

k) L. 2 C. de patr. qui fil. suos distraxerunt (4, 43). Vgl. Vat. Fragm. § 34 L. un. C. Th. de his, qui sanguinol. (5, 8).

2) Erwerb durch die Filii. Nach altem Recht erwirbt der Sohn alles dem Gewalthaber, wie der Sclave. Nur nicht durch legis actio, weil hier niemand für einen andern auftreten kann.[l]) Dem Sohn kann ein Peculium gegeben sein, wovon dasselbe gilt, wie beim Sclaven, durch dasselbe sind Obligationen möglich zwischen Vater und Sohn.[m]) Dagegen kann ein Filiusfamilias kein Vermögen haben (§ 219).

Diese Regel erlitt Ausnahmen, wodurch also auch die Regel modificirt wurde, daß der Sohn nothwendig dem Vater erwerben müsse.

Die erste Ausnahme wurde in der dritten Periode (wahrscheinlich schon unter August) zu Gunsten der Soldaten gemacht. Was ein Filiusfamilias qua Soldat erwirbt, z. B. Equipage, Sold, Beute, von Kameraden, das erwirbt er nicht dem Vater, sondern sich zu vollem, unbeschränktem Eigenthum, wie wenn er Paterfamilias wäre, und er wird in Beziehung darauf durchaus wie ein Paterfamilias behandelt. Daher kann er z. B. selbst mit seinem Vater einen Proceß führen, testiren, früher nur so lange er Soldat war, später auch nachher. Stirbt er aber, ohne Gebrauch von diesem Recht gemacht zu haben, so fällt das Hinderniß des väterlichen Rechts weg, der Vater zieht jenen Erwerb des Sohnes ein, wie ein Peculium, das er dem Sohn überlassen, es tritt also die Beurtheilung iure communi ein. Daher der Ausdruck peculium castrense.[n])

Ein besonderer Fall wurde unter Hadrian hinzugefügt: wenn der Vater ein Fideicommiß, das er dem Sohn nach Aufhebung der Patria Potestas restituiren soll, anfängt zu vergeuden, so soll er, da zwischen beiden keine Caution möglich ist, es schon jetzt restituiren: der Sohn erhält das volle Eigenthum, nach Analogie des Castrense, nur nicht das Recht zu testiren.[o])

In der vierten Periode wurden die Fälle des eigenen Erwerbs sehr vermehrt.

1) Der Erwerb der Söhne im Staatsdienste wurde dem militärischen gleichgestellt. Dieser Vorzug, Anfangs nur einzelnen Staatsämtern beigelegt, wurde immer weiter ausgedehnt, endlich allgemeiner Grundsatz; alle öffentlichen Besoldungen und Einkünfte von Staatsdiensten, auch sonstige Geschenke des Regenten und die Einkünfte der Geistlichen sollten diesen Charakter haben. Dieser Erwerb hieß peculium quasi castrense. Im Gegensatz zu diesem und dem castrense hieß das alte, gemeinrechtliche paganum peculium.[p]) Auch das Recht zu testiren verband Justinian allgemein mit dem quasi castrense. Indeß war dadurch dieses peculium castrense und quasi castrense immer noch nicht der väterlichen Gewalt definitiv entzogen, denn wenn der Sohn intestatus starb, fielen diese Güter iure peculii an den Vater. Später aber wurde verordnet, daß gewisse Personen auch ab intestato dem Vater vorgehen sollten.[q]) Endlich verordnete Justinian, daß die Intestaterbfolge wie bei einem Paterfamilias

---

l) Gaius II 87. 96. [Vgl. Mandry Familiengüterrecht I (1871) S. 63 f.]

m) L. 38 D. de cond. indeb. (12, 6).

n) L. 2 D. de castrensi peculio (49, 17): si filiusfamilias miles decesserit, siquidem intestatus, bona eius non quasi hereditas, sed quasi peculium patri deferentur: si autem testamento facto, hic pro hereditate habetur castrense peculium. [Fitting das castrense peculium in s. geschichtlichen Entwickelung u. heut. Geltung, Halle 1871.]

o) L. 51 D. ad S. C. trebell. (36, 1).

p) C. 1. 3 de episcopis et clericis — et castrensi peculio — XII 30: de castrensi omnium palatinorum peculio. 36: de castrensi peculio militum et praefectianorum.

q) Pr. Inst. qu. non est perm. f. t. (2, 12).

eintreten, der Vater nur als Erbe succediren solle. Nun also können diese Güter nicht mehr Peculium heißen, sondern bona castrensia und quasi castrensia.

2) Nach Constantin soll die mütterliche Erbschaft dem Kinde als Eigenthum zufallen, der Vater aber den lebenslänglichen Nießbrauch mit der Verwaltung haben. Sie wird demnach dem Vater erworben, aber ohne Dispositionsbefugniß, so daß dem Kinde die Sachen erhalten werden.[r]) Nachher wurde diese Bestimmung ausgedehnt auf alle bona materni generis, auf alles, was dem Kinde von der Mutter oder den mütterlichen Großeltern durch Erbschaft, Schenkung u. s. w. zufällt, zuerst von Gratian, Valentinian und Theodosius, nachher von Honorius.[s]) Theodosius II und Valentinian III fügten die lucra nuptialia, den Erwerb von den Gatten, hinzu.[t]) Hier wurde denn auch bestimmt, wie es mit diesen Gütern nach dem Tod des Kindes zu halten sei. Früher hatte der Vater die Güter wie ein Peculium eingezogen, nach der neueren Bestimmung gehen ihm die Descendenten des Kindes vor, nach Leo und Anthemius auch die Geschwister.[u]) Aber hier behält er dann wenigstens den Nießbrauch ganz oder theilweise. Endlich verordnete Justinian, daß alles, was der Filiusfamilias nicht ex re patris erwirbt, wie das Muttergut behandelt werden solle.[v]) Alle diese Güter, bei denen dieß besondere Recht eintritt, nennt man jetzt adventicia bona (im Gegensatz zu den Erwerbungen ex re patris, die man profecticia nennt). In einigen Fällen hat der Vater nicht einmal den Nießbrauch, ohne daß das Gut zum quasi castrense erklärt ist, das sind adventicia extraordinaria s. irregularia, z. B. Stipendien.

Das Resultat des Bisherigen ist folgendes: der Sohn erwirbt etwas 1) ex re patris. Daran erhält er kein Recht, der Vater kann kein Recht an den Sohn übertragen. Ueberläßt es ihm der Vater zur Verwaltung, so heißt es Peculium, im neusten Recht ist es wieder das einzige Peculium, da die übrigen Fälle nicht mehr passend so genannt werden können. Jener Grundsatz hat nur eine Ausnahme: bei bona castrensia, wenngleich der Erwerb ex re patris herrührt, gilt der Sohn als Eigenthümer und Paterfamilias.

2) anders woher. Hier ist es in der Regel adventicium und zwar regelmäßig regulare, zuweilen irregulare. Eine Ausnahme findet Statt, wo der Erwerb unter den Begriff der bona castrensia oder quasi castrensia fällt.

CCLXXXIII. Die väterliche Gewalt entsteht[a]) vor allem durch Erzeugung in einer römischen Ehe, legitimum matrimonium, sie ist eine der civilrechtlichen Wirkungen der Ehe. Der in einer solchen Ehe Erzeugte kommt mit seiner Geburt in die patria potestas 1) dessen, der mit der Mutter in einer solchen lebt, 2) wenn dieser selbst noch in väterlicher Gewalt ist, dessen, der den Vater in seiner Gewalt hat. Wer selbst in patria potestate ist, kann nicht einen andern darin haben. Väterliche Gewalt ist möglich nicht bloß über Söhne und Töchter, sondern auch über Enkel als solche, d. h. über die Enkel von

---

r) L. 1 C. de bon. mat. (6, 60).
s) L. 2 C. eod.
t) L. 1 C. de bon. quae lib. (6, 61).
u) L. 4 C. eodem.
v) L. 6 pr. § 1 C. eod.
a) Gaius I 55—107 Ulpian. V. VI § 4 VIII Inst. I 9—11.

Söhnen, nicht von Töchtern. Immer kann die väterliche Gewalt nur inter cives romanos stattfinden.[b])

Der Mangel eines legitimum matrimonium kann zuweilen nachholend beseitigt werden, das Kind also dadurch in die väterliche Gewalt seines Vaters kommen, in die es nicht schon durch seine Geburt kam. Diese Wirkung hat die causae probatio, wodurch Latinen und Peregrinen mit ihren Gatten und Kindern die Civität erlangen, ihre Ehe in ein legitimum matrimonium verwandeln und so zugleich die schon geborenen Kinder, indem das Hinderniß, welches entgegenstand, gehoben wird, in ihre Gewalt bringen. So bei der causae probatio wegen eines anniculus ex lege aelia sentia, sodann erroris causae probatio ex senatusconsulto.[c])

Im neusten Recht ist der Unterschied zwischen römischer und nichtrömischer Ehe verschwunden. Die Entstehung der väterlichen Gewalt setzt nur eine gültige Ehe überhaupt voraus. Der Mangel dieser kann nun nach dem Recht der vierten Periode ebenfalls gehoben und dadurch uneheliche Kinder in die Gewalt ihres Vaters gebracht werden. Concubinenkinder, naturales liberi, können die Eigenschaft von ehelichen erhalten und so in die Gewalt ihres unehelichen Vaters kommen, wie wenn sie in der Ehe erzeugt wären. Den Act, wodurch dieß geschieht, nennt man Legitimation.[d])

Zuerst verordnete Constantin, daß nachfolgende Ehe zwischen dem Vater und der Concubine die Kinder legitimiren solle (legitimatio per subsequens matrimonium), jedoch nur temporär. Eben so Zeno mit ausdrücklicher Beschränkung auf die damals schon geborenen Concubinenkinder. Durch Anastasius wurde diese Bestimmung allgemeiner Rechtssatz, unter Voraussetzung des Nichtvorhandenseins ehelicher Descendenten.[e]) Justinus hob dieses Gesetz auf und verordnete wieder wie Zeno nur für die Gegenwart.[f]) Justinian endlich erhob jene Bestimmung zu einem dauernden Rechtssatz und zwar ohne die Beschränkung des Anastasius.[g]) — Anastasius hatte die Arrogation natürlicher Kinder durch kaiserliches Rescript erlaubt, Justinus verbot sie, ebenso Justinian. Später aber gestattete er die Legitimation durch kaiserliches Rescript, wofern die Ehe nicht mehr möglich und keine eheliche Descendenz vorhanden war (legitimatio per rescriptum principis).[h]) — Endlich wenn der Vater seinen natürlichen Sohn zum Decurio machen läßt, oder die Tochter an einen Decurio verheirathet, sollen die Kinder ebenfalls legitimirt sein, wenn keine eheliche Descendenz da ist. So verordnet Justinian, aber schon Theodosius II hatte eine ähnliche Bestimmung getroffen.[i])

Die bisher genannten Entstehungen setzen voraus, daß das Kind leibliches Kind des Gewalthabers ist. Die väterliche Gewalt entsteht hier entweder vollkommen unwillkürlich, oder, wenn auch durch einen besondern Act, wie bei der causae probatio oder Legitimation, doch nicht rein durch den Willen, indem das von demselben unabhängige natürliche Kindesverhältniß vorausgesetzt wird.

---

b) Gaius I 55.
c) Gaius I 29—32. 66—75. Oben § 218.
d) Cod. V 27: de naturalibus liberis et matribus eorum, et ex quibus causis iusti efficiantur.
e) L. 5. 6 C. de natur. lib. (5, 27).
f) L. 7 C. eod.
g) L. 10. 11 C. eod.
h) Nov. 74 c. 2 Nov. 89 c. 9. 10.
i) L. 3. 4 C. eod.

Die väterliche Gewalt kann auch rein willkürlich entstehen, durch ein Rechtsgeschäft, welches sie unter Personen, die durch kein natürliches Kindesverhältniß verbunden sind, hervorbringen kann. Die willkürliche Aufnahme in die väterliche Gewalt heißt Adoption im allgemeinen Sinn.[k]) Allgemeine Erfordernisse derselben sind: Beide, der Adoptirende wie der Adoptirte, müssen cives romani sein. Der Adoptivvater darf kein Castrat, wohl aber ein spado sein. Ebenso kann nur ein Mann, nicht eine Frau adoptiren (doch ist durch kaiserliches Rescript auch eine Adoption möglich, welche das Kindesverhältniß zur Adoptivmutter hervorbringt). Ob ein Jüngerer einen älteren adoptiren könne, war streitig unter den römischen Juristen;[l]) im justinianischen Recht muß der Adoptirende achtzehn Jahre älter sein, adoptio imitatur naturam. Es kann nicht zweimal derselbe adoptirt werden.[m]) Unter Umständen nur ex iusta causa, z. B. wenn mehrere adoptirt werden sollen oder der Adoptirende in dem Alter ist, wo er noch leibliche Kinder erwarten kann.[n]) Für die Adoption ist eine bestimmte Form vorgeschrieben, die aber nach der Verschiedenheit der Fälle verschieden ist. Zwei Arten der Adoption sind zu unterscheiden. Sie kann nämlich geschehen:

1) imperio magistratus, in iure, wenn der Vater sein Kind in Adoption giebt, also der Adoptirte schon bisher in väterlicher Gewalt war, adoptio im engern Sinn. Nicht bloß der leibliche, sondern auch der Adoptivvater kann das Kind in Adoption geben.

Das Kind darf nicht widersprechen. Auch als Enkel kann es adoptirt werden, soll es jedoch als Enkel von einem bestimmten Sohn gelten, so muß dieser seine Zustimmung geben. Die Form war folgende: der Adoption muß eine Mancipation vorausgehen, um die väterliche Gewalt des bisherigen Vaters aufzuheben, nachher folgte die in iure cessio, um die des Adoptivvaters zu begründen. Daher der Ausdruck imperio magistratus.[o]) Nach Justinian genügte einfache Erklärung der Personen vor dem Richter.

Die Wirkung war diese: der Adoptirte kam aus der väterlichen Gewalt, in der er bisher gestanden hatte, in die des Adoptirenden. Die bisherige Agnation wurde aufgehoben und es entstand eine neue mit den Agnaten des Adoptivvaters. Der Stand des Adoptirten wurde nicht verringert: andrerseits aber wurde auch ein Freigelassener durch die Adoption nicht Freigeborener. Besondere Wirkung hatte die adoptio ex tribus maribus ex S. C. Sabiniano, wenn ein Vater einen von drei Söhnen in Adoption giebt. Einem solchen muß der Adoptivvater den vierten Theil seines Vermögens hinterlassen.[p])

Justinian verordnete: Wenn der leibliche Vater seinen suus in Adoption giebt, so sollen jene Wirkungen nur eintreten, wenn der Adoptivvater leiblicher Ascendent des Kindes ist. Bei der Hingabe an einen Extraneus erhält dieser nicht die patria potestas, sondern das Kind nur ein Intestaterbrecht gegen ihn.[q]) Man nennt eine solche Adoption jetzt adoptio minus plena.

---

k) Dig. I 7: de adoptionibus et emancipationibus et aliis modis, quibus potestas solvitur. Cod. VIII 47: de adoptionibus.

l) Gaius I 103—106. Vgl. Sueton. Tib. 2 (Beispiel des Clodius).

m) L. 37 § 1 D. de adopt. (1, 7).

n) L. 17 § 2. 3 D. eodem. [Gegen die Beschränkung dieser Stellen auf die Arrogation (z. B. Vangerow Leitfaden § 249) vgl. Puchta Pandekten § 443 v.]

o) Gai. I 98. 134. Gell. V 19 Suet. Oct. 54.

p) Theoph. III 1 § 14. [Das SC. heißt nach richtiger Lesung Aflnianum.]

q) L. 10 C. de adopt. (8, 47).

2) populi vel principis auctoritate, wenn jemand sich selbst in Adoption giebt, also ein homo sui iuris adoptirt wird, Arrogation.[r])

Nach älterem Recht konnte diese nur vor der Volksversammlung geschehen, nach vorhergegangener Prüfung von Seiten der Pontifen (apud pontifices). In der dritten Periode auch durch ein Rescript des Princeps, was später die einzige Form wurde. Dadurch wurde die Arrogation auch bei Frauenspersonen zulässig, was früher wegen der Form nicht möglich war. Die causae cognitio, die früher den Pontifen zustand, hat nach neuerem Recht die Obrigkeit, der sie der Kaiser aufträgt. Sie geht darauf: 1) ob nicht ein Hinderniß vorhanden ist, das die Arrogation unmöglich macht, 2) ob sie nicht zum Nachtheil des Arrogirten geschieht, z. B. wenn ein Armer einen Reichen arrogiren will. Diese Fürsorge tritt besonders ein, wenn ein Impubes arrogirt werden soll. Früher war dieß unmöglich, nach neuerem Recht ist es erlaubt. Antoninus Pius bestimmte die Bedingungen näher, unter welchen die arrogatio impuberis zulässig sein soll: 1) wenn sie zum Vortheil des Arrogatus geschieht, 2) wenn der Arrogator eine Caution durch Bürgen leistet (an einen servus publicus), wodurch dem Unmündigen oder seinen Erben sein Vermögen garantirt wird für den Fall der Emancipation, oder wenn er in der Unmündigkeit versterben würde, 3) soll der impubes arrogatus Anspruch haben auf den vierten Theil der Erbschaft des Arrogators, quarta D. Pii.

Die Arrogation hat folgende Wirkungen: der Arrogator erhält die Patria Potestas auch über die, welche bisher in der Patria Potestas des Arrogirten standen. Ferner eine successio per universitatem. Das Vermögen geht auf den Arrogator über, so weit es nicht durch Capitis Deminutio untergeht, nach neuestem Recht erwirbt er nur den Ususfructus, d. h. das Vermögen des Arrogirten wird Adventicium. Den Gläubigern werden ihre durch die in der Arrogation enthaltene Capitis Deminutio zerstörten Klagen restituirt und sie erhalten, wenn sie der Arrogator nicht bezahlt, missio in bona arrogati mit dem Verkaufsrecht.[s]) Der Arrogatus selbst kann bei der Emancipation sein Vermögen wieder fordern.[t])

Es wird auch ein testamento adoptare erwähnt. Die Erklärung im Testament hatte aber nicht für sich Wirkung, sie war nur die Initiative zu einer Arrogation durch lex. So hatte Cäsar Octavian adoptirt, was dieser lege curiata bestätigen ließ.[u])

CCLXXXIV. Bei der Endigung der Patria Potestas[a]) ist der Unterschied wichtig, ob dieselbe mit einer Capitis Deminutio des Filius verbunden ist oder nicht; dort tritt er nämlich aus der bisherigen Agnation heraus. Dieß ist besonders für das ältere Recht von Bedeutung.

1) Die Endigung der väterlichen Gewalt ohne Capitis Deminutio des Sohnes erfolgt:

---

r) Gell. V 19: Arrogatio autem dicta, quia genus hoc in alienam familiam transitus per populi rogationem fit. Eius rogationis verba haec sunt: Velitis iubeatis, quirites, uti L. Valerius L. Titio tam iure legeque filius siet, quam si ex eo patre matreque familias eius natus esset, utique ei vitae necisque in eo potestas siet, uti patri endo filio est. Haec ita, uti dixi, ita vos, quirites, rogo.

s) Gaius III 82—84.

t) L. 17 D. de adopt. (1, 7).

u) Appian. de bello civ. III 14.

a) Gai. I 124—137 Ulp. X Inst. I 12: quibus modis ius patriae potestatis solvitur.

a) durch Tod des Gewalthabers, aber nur bei den sui. Die Enkel, die zugleich mit ihrem Vater in der Gewalt des Großvaters waren, fallen in die Gewalt jenes, der allein frei wird.

b) durch capitis deminutio maxima und media des Gewalthabers. Diese Endigung war nur bei cives romani möglich. Geräth der Gewalthaber in Kriegsgefangenschaft, so bleibt die väterliche Gewalt vermöge des ius postliminii suspendirt. Stirbt er in der Sclaverei, so soll er nach der Lex Cornelia bei Testamenten als zur Zeit der Gefangennehmung gestorben betrachtet werden, fictio legis corneliae. Die Anwendung dieser Fiction auf unsere Frage war unter den Juristen streitig, von den spätern wurde sie bejaht.[b]) Bei der capitis deminutio minima werden die Kinder nicht frei, bei der Arrogation gehen sie mit über.

c) durch dignitas des Sohnes. Nach älterem Recht bei der Würde eines flamen dialis, einer virgo vestalis.[c]) Nach Justinian durch den Patriciat, sodann überhaupt durch höhere Staatsämter, auch durch die Bischofswürde, dabei behält der Sohn sei Peculium.[d])

d) in einigen Fällen zur Strafe, z. B. bei Aussetzung,[e]) bei Verkuppelung der Tochter.[f])

2) Endigung der väterlichen Gewalt mit Capitis Deminutio des Sohnes tritt ein:

a) durch Verlust der Civität oder Freiheit, abgesehen vom Ius Postliminii.

b) durch Unterwerfung unter eine andere Gewalt: potestas, manus, mancipium. Jede Gewalt ist ausschließlich.

c) durch Emancipation.[g]) Das alte Recht hatte keine eigene unmittelbare Entlassungsform, denn die Mancipation sichert nicht gegen den Rückfall. Zur vollständigen Zerstörung der väterlichen Gewalt bediente man sich der Manumission, zu welchem Behuf der zu Manumittirende vorher ins Mancipium gebracht werden muß. Daher enthält die Emancipation immer eine Capitis Deminutio. Der Vater mancipirt das Kind einem Freunde fiduciae causa, dieser muß es ihm mancipiren, durch die Remancipatio kommt es in das Mancipium seines eigenen Vaters, aus diesem Verhältniß kann der Vater es manumittiren.

Beim Sohn ist dreimalige Mancipation nothwendig, zweimal wird er vom Empfänger manumittirt, worauf er in die Patria Potestas zurückfällt, das drittemal geschah die Mancipation mit fiducia und der Vater vollzog die Manumission.[h]) Justinian schaffte diese Form ab und schrieb statt derselben vor bloße Erklärung vor dem Richter, apud acta. Anastasius führte eine Emancipation durch Rescript ein, sie wurde besonders unter Abwesenden gebräuchlich. Der Filius behält das Peculium, wenn es ihm bei der Emancipation

---

b) Gai. I 129 L. 18 D. de captiv. (49, 15) (Ulpian.): in omnibus partibus iuris is, qui reversus non est ab hostibus, quasi tunc decessisse videtur, cum captus est. Ulpian. X 4: si vero ibi decesserit, sui iuris filius erit.

c) Gell. I 12: virgo autem vestalis simul est capta atque in atrium Vestae deducta et pontificibus tradita, eo statim tempore e patris potestate exit et ius testamenti faciundi adipiscitur.

d) § 4 Inst. h. t. (I 12) L. 5 C. de consul. (12, 3) Nov. 81 (L. 67 C. de decurion. 10, 32).

e) L. 2 C. de infant. expos. (8, 51).

f) L. 6 C. de spectac. (11, 41) L. 12 C. de episc. aud. (1, 4).

g) Dig. I 7 Cod. VIII 48: de emancipationibus liberorum.

h) Gai. I 132 Ulpian. X. 1.

nicht genommen ist.[i]) Die Adventicia kommen nun in sein unbeschränktes Recht. Doch verordnete Constantin, daß ein Drittel beim Vater bleiben solle, Justinian: die Hälfte zum Nießbrauch[k]) (praemium emancipationis). Eigentlich müßte mit der Emancipation keine Capitis Deminutio mehr verbunden sein, dessenungeachtet ist dieß noch angenommen, nur mit Ausnahme der Emancipation durch Rescript, wenn der Vater besonders darum nachsucht, daß die Familienrechte bleiben.[l])

Die bloße Verstoßung der Kinder, abdicatio, hat keine juristische Wirkung. Im griechischen Recht hatte man etwas dergleichen, ἀποκήρυξις, ein Rescript des Diocletian bezeugt, daß dieß im römischen Recht keine Anwendung fand.[m])

Manus.[a])

CCLXXXV. Manus ist eine Gewalt, in der bloß Frauenspersonen stehen können. Ursprünglich hatte nur der Ehemann die Manus über die Frau, später wurde sie auch außer der Ehe üblich, aber freilich nur als vorübergehendes Verhältniß.

Die Manus des Ehemanns ist der Normalfall. Sie ist der Potestas analog, die Frau ist filiae loco. Jedoch finden sich manche Verschiedenheiten wegen der ehelichen Verhältnisse, so namentlich in Beziehung auf die Macht über die Existenz. Der Ehemann hatte nicht das selbständige ius vitae et necis, wie der Vater, aber er war Richter der Frau mit Zuziehung eines Familiengerichts und dann möglicherweise bis zum Todesurtheil.[b]) Das Recht zu mancipiren war wahrscheinlich nur auf gewisse Fälle, namentlich Scheinmancipation, beschränkt.[c]) Mit der Frau geht ihr Vermögen auf den Mann über, durch eine successio per universitatem. Was sie erwirbt, erwirbt sie dem Mann.[d]) In Bezug auf Verpflichtungen gilt nicht derselbe Grundsatz, wie bei der Potestas; ex contractu wird die Frau verpflichtet; der Gewalthaber hat die Wahl, entweder sie zu vertheidigen, dann haftet er in solidum, oder die Gläubiger zur missio in bona zu lassen, wo nur die Güter der Frau haften, die ihr ohne Manus gehören würden.[e]) Wie es bei Delicten war, ist unbekannt.[e*])

Die Manus kann auf dreierlei Weise entstehen: durch confarreatio, eine religiöse Ceremonie vor zehn Zeugen; durch coëmtio, Selbstverkauf der Frau

---

i) Fragm. Vat. § 255. 261.

k) L. 6 § 3 C. de bon. qu. lib. (6, 61).

l) L. 11 C. de legit. her. (6, 58). Vgl. § 8 Inst. de legit. agn. tut. (1, 15).

m) L. 6 C. de p. p. (8, 46).

a) Gai. I 108—115 Ulpian. IX. [Bluntschli die versch. Formen der röm. Ehe, im schweiz. Mus. für hist. Wiss. (1838) S. 261—274. Roßbach Unters. über die röm. Ehe (1853) S. 10—197. Karlowa die Formen der röm. Ehe und Manus 1868).

b) Liv. XXXIX 18 Tac. Ann. XIII 32.

c) Festus v. Remancipatam Gallus Aelius ait, quae mancipata sit ab eo, cui in manum convenerat.

d) Gaius II 86. 90. 96 III 82—84. 163.

e) Gaius IV 80.

*e**) Vielleicht wurde in älterer Zeit die Noxalklage mit dem Recht der noxae datio gestattet arg. L. 9 § 1 D. quod falso tut. (27, 6) Schlesinger in der Zeitschr. für R. G. VIII (1868) S. 50. 57. Im neuern Recht fällt dieß weg, vgl. oben § 278 ccc, der Ehemann wird also nicht mehr verpflichtet, doch kann gegen die Frau selber geklagt werden, nur wird vorausgesetzt, daß das iudicium auf dem Imperium beruhe, zu einem legitimum würde auctoritas tutoris erforderlich sein, welche während der Manus nicht möglich ist arg. Gai. IV 80. R.]

vor fünf Zeugen und einem Libripens;[f] endlich durch usus, wenn die Frau ein Jahr ununterbrochen im Hause des Mannes lebte. Ist sie per trinoctium abwesend, so bleibt sie frei (§ 199). Der Usus hatte zu Gaius Zeit schon aufgehört, Cicero erwähnt ihn als bestehend.[g] Unter August und Tiberius erhielt die Confarreatio eine andere Wirkung, die Frau kam dadurch nur zum Schein in die manus.[h] So galt in der dritten Periode nur noch die Coëmtio.

Aufgehoben wird die Manus durch den Tod, durch Verlust der Civität, durch Diffarreatio,[i] wahrscheinlich auch durch Mancipation, nicht aber durch

---

f) Gaius III 113. [Die mündlichen Bedingungen, durch welche das Recht der Coëmtio bestimmt wird, waren von der Lex Mancipationis beim Mancipium wesentlich verschieden. Gai. I 123: a parentibus et a coëmtionatoribus *iisdem verbis* mancipio accipiuntur, quibus servi (cf. I 117. 119), quod non similiter fit in coëmtione. Boeth. ad top II p. 299, 12 Orelli. = Serv. Aen. IV 214 erwähnt wechselseitige Fragen und Antworten folgenden Inhalts: sese in coëmendo invicem interrogabant, vir ita: an sibi mulier *mater familias* esse vellet? illa respondebat velle. item mulier interrogabat: an vir sibi pater familias esse vellet? ille respondebat velle. itaque mulier viri conveniebat in manum, et vocabantur hae nuptiae per coëmtionem et erat mulier materfamilias viro loco filiae. Diese scheinen eher zu gegenseitigen Sponsionen als Mancipationen, besser zum Verlöbniß als zum Eheconsens zu passen. Aber Boethius entlehnte seine Notiz aus den von ihm öfter benutzten Institutionen Ulpian's »quam sollennitatem Ulpianus in suis institutis exponit«, aus welchen also auch Serv. Georg. I 31 = Isidor. V 24: »antiquus nuptiarum erat ritus, quod se maritus et uxor invicem emebant, ne videretur ancilla uxor: *sicut habemus in iure*« geschöpft haben wird. Es kommt hinzu, daß Frage und Antwort (emptum rogare) auch sonst bei der Mancipation (emtio) erwähnt wird. Nur dürfen diese Worte nicht als Bestandtheil der Lex Mancipii aufgefaßt werden, sondern als vorgängiger Eheconsens (velle), vgl. Karlowa Formen der röm. Ehe S. 52 gegen Roßbach röm. Ehe S. 71 f., welcher sie der Mancipation nachfolgen ließ. Die Mancipationsformel sprach der Mann allein, da nur er die eheherrliche Gewalt (manus mancipiumque Gell. noct. att. 4, 3; 18, 6 Serv. ad Aen. XI 476 Non. de diff. verb. 1, 4 p. 122) erwarb. Die Lex Mancipii wird daher, wie Karlowa S. 51 annimmt, te ego ex iure quiritium in manu mancipioque meo esse aio gelautet haben (nicht: te ego ex iure quiritium matremfamilias meam esse aio, wie sie Huschke Studien S. 200 Nexum S. 103 reconstruirt, wenigstens müßte mihi statt meam stehen, weil nicht die Frau statt seiner Gattin seine Mutter werden soll). Eine gegenseitige Formel ist nicht denkbar, weil nur der Mann manus mancipiumque erwirbt. Gleichwohl ist die Frau nicht Object, sondern mitcontrahirendes Subject der Mancipation, es wird von ihr gesagt: coëmtionem *facit* cum viro, das rauduscul um wird ohne Zweifel ihr selbst, nicht ihrem Vater oder Vormund gegeben (Note g). Die Gewalt, in welche sie eintritt, ist eine Familiengewalt über freie, der Mann ist zwar des Weibes Haupt, aber die Grundlage seiner Herrschaft ist eine Gemeinschaft. Diese Wirkung deuten die Worte quando tu Gaius ego Gaia (Cic. p. Mur. 12, 27: Plutarch. qu. rom. 28) an, welche nach Vollziehung des Mancipationsacts gesprochen wurden. Daher wird auch dem Hausſohn die Manus zugeschrieben (Note k). Die einseitige Mancipation und Manus sind also nur ein verschwindender Ueberrest jener Rechtsregel einer niedern Culturstufe, welche die Uebermacht des stärkern Geschlechts über das schwächere legalisirt: Trendelenburg Naturrecht S. 258. Schon zu Cicero's Zeit gab es übrigens Patrone, welche die Formel nicht kannten: (de or. 1, 56) neque illud est mirandum, qui, quibus verbis coëmtio fiat, nesciat, eundem eius mulieris, quae coëmtionem fecerit, causam non posse defendere. Wenn Lachmann zu Lucret. II 1061 coëmere und comere identificirt und die Mancipation des Coëmptionator ganz leugnete, so war der Etymologie (III 845 comptu coniugioque corporis atque animae) zu viel, dem Rechtsbegriff nicht genug geschehen. R.]

g) Gaius I 111 Cic. pro Flacco c. 34: in manum, inquit, convenerat, nunc audio, sed quaero, usu, an coëmtione? usu non potuit: nihil enim potest de tutela legitima sine omnium tutorum auctoritate deminui. coëmtione? omnibus ergo auctoribus. [Durch den Usus wird: 1) die Vindication des Vaters (L. 1 § 2 D. de R. V 6, 1) und der agnatischen Tutoren (Gai. I 168) ausgeschlossen. Das Interdict de liberis exhibendis ist schon durch die Gestattung der Ductio beseitigt L. 1 § 5 L. 2 D. de lib. exh. (43, 30.) — 1) Die Streitankündigung und actio auctoritatis gegen den auctor coëmtionis (§ 289 d) aufgehoben: da der Mann nun sein eigener Autor wird. R.] *h*) Gai. I 112. 123. 136. Vgl. unten § 287.

i) Paul. ex Festo v. diffarreatio genus erat sacrificii, quod inter virum et mulierem fiebat dissolutio. dicta diffarreatio, quia fiebat farreo libo adhibitio. [Auf Inschriften nach der Zeit des Commodus Orelli Inscript. 2648. 2650 kommen besondere sacerdotes confarrea-

minima capitis deminutio des Mannes. Auch jemand, der in patria potestate ist, kann die Manus haben, dann ist die Frau zugleich in der Potestas des Vaters. [k])

In der zweiten Periode kam es auf, daß Frauen sich in die Manus eines Extraneus begaben, um Capitis Deminutio zu erleiden. Dieß geschah nur vorübergehend, der Coëmtionator sollte sie emancipiren, man nannte es coëmtionem facere fiduciae causa. Der Zweck war namentlich, um die Fähigkeit zum Testiren zu erhalten, ferner um von dem Recht der Agnatentutel befreit zu werden, endlich auch, um lästigen sacra zu entgehen. Die Frau war hier nicht filiae loco, wie denn überhaupt das ganze Verhältniß nur ein vorübergehendes war. [l])

In der vierten Periode verschwand die Manus in und außer der Ehe. Die vatikanischen Fragmente erwähnen sie zwar noch, [m]) dieß ist aber kein Beweis für die Praxis. Im justinianischen Recht wird sie nicht mehr erwähnt.

Mancipium. [a])

CCLXXXVI. Das Mancipium ist die Gewalt, welche entsteht durch Mancipation eines Freien von einem dazu durch Potestas oder Manus Berechtigten. Sie endigt wie die Sclaverei durch Manumissio. Der in mancipio stehende hat nichts Eigenes, sondern erwirbt alles dem Gewalthaber. [b]) Hinsichtlich der Verpflichtungen werden sie von denen, die in potestate stehen, unterschieden, worin? ist unbekannt, da die Stelle des Gaius größtentheils unlesbar ist. [c])

---

tionum et diffarreationum vor, welche den Kaiser in den ihm als Pontifex maximus bei der Confarreation und Diffarreation obliegenden Functionen vertraten. Die erste Inschrift schreibt dieses Amt einem ducenario-centenario consiliario Augusti, adsumpto in consilium ad IS. LX. M. N. iurisperito, d. h. einem Juristen aus der Gehaltsclasse von 60 000 Sesterzen zu, welcher erst später zum consiliarius Augusti und ducenarius, d. h. zum ordentlichen kaiserlichen Rath und zum Gehalt von 100 000 und 200 000 Sesterzen aufstieg, vgl. Karlowa Formen der röm. Ehe S. 36 f. R.]

k) Gaius I 148.

l) Gaius I 114. 115 a. [Cic. pro Mur. c. 12 top. c. 4 Livius XXXIX 19 — uti Feceniae Hispalae *capitis* deminutio (Huschke), gentis enuptio — esset.]

m) Vat. fragm. § 115 [Paulus?].

a) Gai. I 116—123. 138—141. [C. A. Schmidt das Hauskind in mancipio 1879.]

b) Gai. II 86. 90. 96 III 163. [Doch hat der Gewalthaber den Mancipatus nicht mehr im Besitz und kann daher auch durch ihn den Besitz von Sachen nicht mehr erwerben. Gai. II 90. R.]

c) Gai. IV 80. [Da der Mancipatus der uxor in manu gleichsteht, so wird anzunehmen sein, daß die actio de peculio und tributoria wegfallen (Schlesinger Zeitschr. für R. G. VIII (1868) S. 54. 56 gegen Savigny System II S. 50, v. Scheurl Beitr. I 273, Huschke Gaius S. 173, Böcking Pandekt. Inst. I § 44 Anm. 8), folglich der Gewalthaber nur zu facultativer Defension gegen die Geschäftsobligationen gehalten sein kann, in deren Ermangelung aber das frühere Vermögen des Mancipatus verkauft wird. (Gai. IV 80.) Dagegen fand aus den Delicten des Mancipatus Noxalklage mit dem Recht der Auslieferung gegen den Gewalthaber Statt. L. 9 § 1 D. quod falso (27, 6) Schlesinger S. 50. 57. Wegen Mißhandlung wird dem Mancipatus die actio iniuriarum gegeben, welche als eine actio in bonum et aequum concepta von dem Status unabhängig ist. Gai. I 141. R.]

Zehntes Kapitel.

Die reinen Rechte an Personen.

Die Ehe.

CCLXXXVII. Die Ehe[a]) ist eine Geschlechtsvereinigung für das ganze Leben in allen seinen Beziehungen, um Ein Leben fortan zu leben. Dieß ist der sittliche Begriff. Die Ehe ist kein Rechtsverhältniß, sie ist ein natürliches Verhältniß, das nicht erst durch das Recht entstanden, aber vom Recht aufgefaßt und als ein Rechtsverhältniß behandelt worden ist: als Rechtsverhältniß betrachtet, ist die Ehe ein Recht jedes Gatten an der Person des andern. Der Inhalt der Ehe besteht darin, daß jeder Gatte sich so erweist, wie es das Wesen der Ehe fordert. Das Recht darf über die Ehe nichts festsetzen, was ihrem sittlichen Wesen zuwider ist, aber nicht alle sittlichen Anforderungen können rechtlich werden. Vielmehr liegt gerade die hauptsächliche Anforderung, auf die wahre eheliche Gesinnung, über die rechtliche Sphäre hinaus, es ist kein rechtlicher Zwang in Beziehung auf dieselbe denkbar. Die Thätigkeit des Rechts geht vorzugsweise darauf: 1) die Hindernisse eines wirklichen ehelichen Verhältnisses unter den Gatten zu entfernen, nichts zuzulassen, was dieß Verhältniß stören würde, 2) die Vermögensverhältnisse unter Ehegatten auf eine dem sittlichen Wesen der Ehe möglichst conforme Weise zu bestimmen.[b]) Endlich 3) ist eine rechtliche Bedeutung der Ehe ihr Einfluß auf die daraus Erzeugten, durch Hervorbringung des Kindesverhältnisses gegenüber dem Vater, wozu im ius civile noch die väterliche Gewalt kommt.

Bei den römischen Juristen findet sich derselbe Begriff der Ehe, wie er sich uns ergeben hat: matrimonium est coniunctio maris et feminae, consortium omnis vitae, individua vitae consuetudo, divini et humani iuris communicatio.[c]) Die letzte Bestimmung beruht darauf, daß Ehegatten, wenn sie die rechte Gesinnung haben, alle Rechte als gemein betrachten werden. Damit ist nicht gesagt, daß diese Gemeinschaft in eine rechtliche Form gebracht, zu

---

a) Inst. I 10: de nuptiis Dig. XXIII 2: de ritu nuptiarum Cod. V 4: de nuptiis. [Philologisch-historische Untersuchungen über die persönliche Seite, die Ehe mit und ohne Manus, die Eheschließungsformen und das Connubium enthält die Schrift von Roßbach Unters. über die römische Ehe 1853. Desgleichen Otto Karlowa die Formen der römischen Ehe und Manus 1868 und F. Hofmann über den Verlobungs- und den Trauring. Wien 1870. R.]

b) Hasse das Güterrecht der Ehegatten nach römischem Recht 1824. (Unvollendet.)

c) L. 1 D. de ritu nupt. (23, 2) § 1 Inst. de patria pot. (1, 9).

einer rechtlichen Nothwendigkeit gemacht werden müsse. Nur da wird keine rechtliche Trennung der Interessen zugelassen, wo es dem Wesen der Ehe positiven Eintrag thun würde. Daher Gemeinschaft der Sacra, des Domicils, des Standes; und zwar sind der Natur der Sache nach die Sacra, das Domicil, der Stand des Mannes das Bestimmende, wonach die Frau beurtheilt wird.

Auch bei der Ehe haben wir ein matrimonium iuris civilis und iuris gentium zu unterscheiden.

Jenes, die römische Ehe, legitimum matrimonium, war ursprünglich die einzige in Rom anerkannte. Die Fähigkeit dazu hieß connubium. Mit ihr waren die eigenthümlichen römischen Wirkungen: Patria Potestas über die Erzeugten und die römischen Güterrechte verbunden. Bei den Patriciern war die Manus, die Gewalt des Mannes über die Frau, ursprünglich etwas wesentliches, daher war die Confarreatio, feierliche Schließung der Ehe vor den Priestern, zugleich eine Entstehung der Manus. Die Plebejer waren der Confarreatio nicht fähig, ihre Ehen wurden ohne Form geschlossen, was nachher allgemeines Recht wurde. Auch bei der Plebs galt die Manus in alter Zeit als natürliche Begleiterin der Ehe. Daher schon die einjährige Dauer der Ehe die Manus zur Folge hatte. Der Act aber, wodurch bei der Plebs die Manus entstand, war eine besondere von der Eheschließung geschiedene Entstehungsart der Manus, coëmtio, wo also Manus und Ehe als etwas getrenntes betrachtet wurden. Dennoch hatte die Fortsetzung der Ehe ein Jahr hindurch von selbst die Manus zur Folge (usus). Nachher wurde jedoch eine Unterbrechung des Usus erfunden, Abwesenheit der Frau per trinoctium aus dem Hause des Mannes, welche schon von den Zwölf Tafeln garantirt war.[d]) So wurden Ehen ohne Manus nach und nach gewöhnlicher, neben die strenge Ehe trat eine freie Ehe, die freie Ehe gewann immer mehr die Oberhand. Die Entstehung der Manus usu hörte ganz auf. Gaius sagt: sie sei theils stillschweigend außer Gebrauch gekommen, theils durch Gesetze aufgehoben worden (vielleicht durch die Lex Scribonia).[e]) Am Ende der zweiten Periode war die freie Ehe häufiger, als die strenge, doch kommt diese noch in der dritten Periode vor. Mit der confarreatio trat eine Veränderung ein. Sie wurde als nothwendig betrachtet bei gewissen Priestern, so beim flamen dialis. August stellte als Pontifex maximus das flaminium diale im Jahre 743 (Q. Aelio Tuberone, Q. Fabio Maximo coss.) wieder her, nachdem die Würde 75 Jahre hindurch unbesetzt geblieben war, und bestimmte zugleich für diesen Fall, daß die Flaminica von der Manus des Mannes mit Ausnahme der Sacra frei, mithin der Patria Potestas unterworfen bleiben solle, wenn sie bis dahin Haustochter gewesen war.[f]) Ein Gesetz unter Tiberius 776 aber bestimmte für alle künftige Fälle der Confarreatio, daß durch die Confarreatio die Frau nur sacrorum causa in die Manus des Mannes kommen solle. Es fanden sich nämlich damals wenige für diese Stelle, und zwar eben der Ehe durch confarreatio wegen,

---

d) Gell. noct. att. III 2 Macrob. sat. I 3. [Man muß sich hüten, diese Bestimmung der Zwölf Tafeln schon als den Anfang der Unabhängigkeit der Frauen überhaupt aufzufassen, sie war eine Schutzanstalt der Patricierinnen gegen die Manus der Plebejer, die mit dem festgehaltenen Verbot des Connubiums beider Stände (Liv. IV 4) in Verbindung steht. Ich verdanke diese Bemerkung einer einstigen mündlichen Mittheilung des Verfassers. R.]

e) Gai. I 111, d. h. die Aufhebung galt schon vor der Lex Scribonia, später konnte man sich auch auf diese berufen.

f) Cf. Lachmann ad Gai. I 136.

theils wegen der damit verbundenen Manus, theils wegen ihrer Unauflöslichkeit durch freie Willkür.[g])

Ursprünglich war in Rom nur das matrimonium iuris civilis eine Ehe, jede andere Verbindung keine. In der zweiten Periode änderte sich dieß mit dem Einfluß des Jus Gentium. Neben jene trat ein matrimonium iuris gentium. Wenn eine Geschlechtsverbindung unter Peregrinen oder Latinen, oder zwischen diesen und Römern eingegangen wurde, welche dem innern Wesen der Ehe entsprach, ein consortium omnis vitae mit der affectio maritalis war, so wurde diese als Ehe anerkannt, und hatte, wenn auch nicht die eigentliche civilrechtliche Wirkung der Ehe, doch die allgemeine, namentlich daß die Kinder einen Vater haben: pater est, quem nuptiae (nicht iustae nuptiae) demonstrant. Die maritalis affectio wurde ausgedrückt durch die Worte: liberorum quaerendorum causa (eben wegen dieser Wirkung).[h]) So z. B. die Lex Aelia Sentia, § 213. 218. Dadurch entstand der Begriff der rechtlich gültigen Ehe überhaupt, die dann entweder iuris civilis oder iuris gentium war. Daher gab es Erfordernisse für die Ehe überhaupt, und besondere für die römische Ehe. Im justinianischen Recht hat jener Unterschied hier, wie bei andern Rechten, aufgehört, bloß der Begriff der rechtlich gültigen Ehe überhaupt ist geblieben. Diese bedeutet nun iustae nuptiae im Sinne des justinianischen Rechts. Die rechtlich gültige Ehe steht dem außerehelichen Geschlechtsverhältniß gegenüber. Bei außerehelichen Geschlechtsverhältnissen treten obige Wirkungen der Ehe nicht ein, namentlich sind die Kinder, die in einem solchen erzeugt werden, sine patre.

Von den außerehelichen Geschlechtsverhältnissen sind zwei besonders ausgezeichnet: der Concubinat und das Contubernium.

Der Concubinat ist eine dauernde Geschlechtsverbindung ohne die affectio maritalis. Das bloße Factische hat er mit der Ehe gemein, aber nicht das Rechtliche.[i]) Die Römer sagen von ihm: per leges nomen assumsit, er hat eine rechtliche Bedeutung durch Leges erhalten.[k]) Dieser Ausdruck bezieht sich wahrscheinlich auf die Lex Julia de adulteriis, welche bestimmte, daß der Concubinat nicht als eine unerlaubte Geschlechtsverbindung betrachtet, nicht als Stuprum bestraft werden solle. Dieß setzt jedoch voraus, daß die Concubine mündig, und regelmäßig, daß sie eine Libertina oder Ingenua vom niedrigsten Stand ist. Eine honesta femina kann nur durch ausdrückliche testatio zur Concubine gemacht werden, sonst gilt die Verbindung als ein Stuprum.[l]) Auch liegt es in der factischen Aehnlichkeit mit der Ehe, daß nicht ein doppelter Con-

---

g) Tac. Ann. IV 16. [Anders Huschke I. A. zu Gai. I 136, welcher, um die verkehrte Ordnung in den Namen der beiden Consuln und den Widerspruch zwischen Gaius und Tacitus zu vermeiden, an die Juristen Cornelius Maximus und Tubero denkt (vgl. L. 2 § 45. 46 D. de or. iur. 1, 2 L. 16 § 1 D. de instr. leg. 33, 7) und bei Gaius »nam de flaminica Diali lege Asinia Antistia *ex auctoritate Cornelii* Maximi et Tuberonis cautum est« liest. Aber so konnte Gaius nicht schreiben, ohne das Mißverständniß zu erregen, daß jene alten Autoritäten noch unter dem Consulat des C. Asinius Pollio und C. Antistius Vetus 776 ein Gesetz eingebracht hätten. Andere Gegengründe siehe bei Karlowa Formen der röm. Ehe S. 42. R.]

h) Ulpian. III 3.

i) Paul. sent. II 20 L. 49 § 4 D. de leg. III (32).

k) L. 3 § 1 D. de concub. (25, 7): nec adulterium per concubinatum committitur, nam quia concubinatus per leges nomen assumpsit, extra legis poenam est.

l) L. 1 § 1 L. 3 pr. § 1 D. de concubinis (25, 7) L. 14 § 2 L. 35 pr. D. ad legem iul. de adult. (48, 5) L. 29 C. eod. (9, 9).

cubinat möglich ist und nicht während der Ehe.[m]) — Manche haben bei der Erklärung des Concubinats an die Lex Julia und Papia Poppäa gedacht und vermuthet, daß angesehene Römer, die zu arm für eine standesmäßige Ehe waren, durch den Concubinat der Strafe des Cälibats und der Orbität entgehen konnten, aber dieß ist nicht hinlänglich begründet.

Der Concubinat ist seiner Existenz nach ein rein factisches Verhältniß, er besteht nur durch den fortgesetzten Willen.[n]) Daher wird er durch den Wahnsinn einer Partei aufgehoben. Eine singuläre Modification findet bei dem Patron Statt, der seine Liberta zur Concubine hat, sie bleibt es, wenngleich jener wahnsinnig wird.[o]) Der Concubinat hat aber auch einige rechtliche Wirkungen. Die Kinder, naturales liberi, sind außereheliche, aber in gewisser Beziehung wird der Vater anerkannt. So ist die Legitimation möglich, unter den Kaisern erhalten sie Alimente, auch von den legitimen Kindern nach dem Tode des Vaters.[p]) Sogar Intestaterbfolge ist ihnen eingeräumt. Auf der andern Seite finden sich Versuche, den Concubinat, der allzusehr überhand genommen, zu beschränken. So verbot Constantin, den Kindern etwas zu hinterlassen, und untersagte den Concubinat für höhere Staatsbeamte.[q]) Von andern Bestimmungen zu dem Zweck ihn zu vermindern, namentlich über die Legitimation, ist schon § 283 die Rede gewesen. Jene Verbote wurden durch folgende Kaiser gemildert.[r]) Noch im neuesten justinianischen Recht ist der Concubinat eine erlaubte Verbindung,[s]) erst im neunten Jahrhundert ist er von Leo Philosophus verboten worden.

Das Contubernium, die Sclavenehe, ist dauernde Geschlechtsverbindung unter Sclaven, oder zwischen Sclaven und Freien. Hier wurde das natürliche Kindesverhältniß anerkannt, z. B. als iusta causa manumissionis ex lege aelia sentia.

CCLXXXVIII. Damit eine Ehe als bestehend anerkannt wird, muß sie vor allem unter diesen Personen möglich sein. Diese Möglichkeit heißt connubium im weitern Sinn, so schon bei den römischen Juristen. Es giebt Gründe, welche die Ehe zwischen zwei Personen unmöglich machen, Ehehindernisse, die theils natürlicher und religiöser, theils politischer Natur sein können.

1) Gewisse Personen sind schlechthin und absolut unfähig, eine Ehe zu schließen:

a) Sclaven,

b) Castraten, nicht überhaupt Spadonen,[a])

c) Unmündige,[b])

d) der schon in einer Ehe lebt, so lange diese nicht aufgehoben ist.

---

w) Paul. sent. II 20: eo tempore, quo quis uxorem habet, concubinam habere non potest. Concubina igitur ab uxore solo dilectu separatur. L. 11 § 2 D. de divort. (24, 2) L. 121 § 1 D. de V. O. (45, 1).

n) L. 4 D. de concub. (25, 7): concubinam ex sola animi destinatione aestimari oportet.

o) L. 2 D. eodem.

p) Nov. 89 c. 12 § 6.

q) L. 1 C. Th. de natur. lib. (4, 6) L. 1 C. eodem (5, 27).

r) L. 3 C. Th. eodem. Nov. 89 c. 12 pr.

s) Nov. 18 c. 5.

t) Nov. Leon. 91.

a) L. 39 § 1 D. de iure dot. (23, 3).

b) L. 4 D. de ritu nupt. (23, 2).

e) Die Frau darf sich nicht wieder verheirathen, so lange Ungewißheit der Paternität (turbatio sanguinis) möglich ist, sonst treten Strafen ein, nichtig ist die Ehe nicht (§ 290).

2) Die Ehe ist zwischen gewissen Personen untersagt. Der Grund kann sein:

a) Verwandtschaft. Die Ehe zwischen Ascendenten und Descendenten ist verboten. Unter dieses Verbot fallen auch, die es durch Adoption geworden sind, auch die Affinität in diesem Verhältniß. In der Seitenlinie ging das Verbot nach älterem Recht, wahrscheinlich bis zum sechsten Grad einschließlich, also war die Ehe unter sobrini unmöglich.[c]) Die Verwandtschaft war demnach stets ein Hinderniß, so weit sie überhaupt juristisch zur Sprache kam und die besondern Namen der Verwandten gingen. Nachher wurde das Verbot auf den vierten Grad, also auf die consobrini beschränkt.[d]) Später wurde auch der vierte Grad freigegeben, nur nicht der dritte. Auch hier machte Claudius eine Ausnahme: bei Oheim und Nichte (Bruderstochter).[e]) In der vierten Periode verboten wieder Constantin's Söhne die Ehe mit der Nichte bei Todesstrafe,[f]) eben so Theodosius I unter Geschwisterkindern.[g]) Arcadius hob dann im Orient das Verbot der Ehe zwischen Geschwisterkindern auf.[h]) Im justinianischen Recht war die Ehe verboten zwischen Geschwistern und wo ein respectus parentelae stattfand, also wenn alle beide oder auch nur einer unmittelbar vom stipes communis abstammt.[i])

Auch die Adoptivverwandtschaft ist ein Ehehinderniß (in der Seitenlinie), aber nur so lange das Verhältniß dauert.[k]) Die Affinität war in der Seitenlinie früher kein Hinderniß; in der vierten Periode wurde die Ehe mit der Wittwe des Bruders und der Schwester der Frau verboten.[l]) Dazu kamen noch einige Fälle, wo weder Verwandtschaft noch Affinität stattfand, die aber des Anstandes halber gleichgeachtet wurden. So mit der Wittwe des Stiefsohnes, Stiefmutter der ehemaligen Frau,[m]) mit der Tochter der geschiedenen Frau aus einer späteren Ehe,[n]) mit der Braut des Sohnes oder Vaters, mit der Mutter der Braut.[o]) Diese Fälle gehören unter die Quasiaffinität. — Justinian hat die Ehe zwischen Taufpathen und Täufling verboten, welches Verhältniß in der Kirche als eine Art von Verwandtschaft, cognatio spiritualis, betrachtet wurde.[p])

b) Stand. Vor allem sind die Hindernisse des matrimonium iuris civilis

---

c) Tac. annal. XII. 6: sobrinarum diu ignorata (matrimonia). [Hermes IV S. 371 ff.]

d) Ulpian. V 6.

e) Gai. I 58—64.

f) L. 1 C. Th. de iniust. nupt. (3, 12).

g) L. un. C. Th. si nupt. ex rescr. (3, 10).

h) L. 19 C. de nuptiis (5, 4).

i) L. 17 C. de nupt. (5, 4) (Diocletian.): Nemini liceat contrahere matrimonium cum — amita ac matertera, sorore, sororis filia et ex ea nepte: praeterea fratris filia et ex ea nepte.

k) L. 17 pr. § 1 L. 55 § 1 D. de ritu nupt. (23, 2).

l) L. 5. 8. 9 C. de incest. nupt. (5, 5). Ueber das ältere Recht vergl. Cic. de div. I 46. Val. Max. I 5. 4.

m) L. 15 D. de ritu nupt. (23, 2): uxorem quondam privigni coniungi matrimonio vitrici non oportet, nec in matrimonium convenire novercam eius, qui privignae maritus fuit.

n) L. 12 § 3 D. eodem.

o) L. 12 § 1. 2 L. 14 § 4 D. eodem.

p) L. 6 C. de nupt. (5, 4).

zu betrachten: das Hinderniß der Ehe zwischen Patriciern und Plebejern wurde durch die Lex Canuleia 309 aufgehoben.[q]) Ferner gab es keine Ehe zwischen Cives und Nichtcives. Dieß hat mit der Unterscheidung der Ehe in römische und natürliche aufgehört. Valentinian I hat die Ehe zwischen Römern und Barbaren bei Strafe verboten, aus politischen Gründen.[r]) Eine ganz besondere Bewandtniß hat es mit dem Verbot durch die Lex Julia und Papia. Diese verbot nämlich die Ehe: 1) des ingenuus mit einer infamis, so namentlich einer Kupplerin, einer, die von einem Leno freigelassen, im Ehebruch ergriffen worden war, einer iudicio publico oder a senatu damnata, einer Person, die das Schauspielergewerbe treibt; 2) des Senator oder der Senatorkinder überdieß mit Freigelassenen, der Tochter eines Schauspielers, oder einer, die das Hurengewerbe trieb. Dieß Verbot hatte zunächst nur die Bedeutung, daß eine solche Ehe nicht von der Strafe der Lex Julia und Papia befreien solle, die Ehe selbst war nicht nichtig.[s]) Ein Senatusconsultum unter Marcus Aurelius bestimmte, daß die Ehe eines Senators und von dessen Nachkommen mit Freigelassenen nichtig sein solle.[t]) Dasselbe wurde später angenommen bei Schauspielerinnen.[u]) Constantin erließ ein neues Gesetz gegen nichtstandesmäßige Ehen von Senatoren, Präfecten, Duumvirn und Priestern.[v]) Leo und Anthemius setzten eine Strafe auf die Ehe der Patrone und ihrer Freigelassenen, die Kinder wurden Sclaven des Fiscus.[w]) Justinus versprach allen Schauspielerinnen, wenn sie zu einem ehrbaren Leben zurückkehrten, die Herstellung ihrer Ehre.[x]) Das allgemeine Verbot der Lex Julia hörte mit der Strafe des Cälibats auf, das specielle für Senatoren, das mit Nichtigkeit der Ehe verbunden war, hob Justinian auf, schon vorher war die Ehe mit Schauspielerinnen erlaubt, wenn sie dem Gewerbe entsagt hatten.[y])

c) Religion. Zwischen Juden und Christen ist eine Ehe nichtig.[z])

d) Amt. Der Präses Provinciae kann nicht während seines Amts eine Provinzialin heirathen.[aa]) Eben so der Soldat, der in der Provinz stationirt ist.[bb]) — Ferner kann der Vormund und sein Sohn nicht die Mündelin heirathen, nach einem Senatusconsult unter Antonin und Commodus.[cc]) Ausgenommen sind die Fälle, wo sie der Vater ihm bestimmt, oder der Vormund gänzlich dechargirt ist, so daß auch keine In Integrum Restitutio mehr stattfinden kann.

e) Delict. Verboten ist die Ehe zwischen Ehebrecher und Ehebrecherin.[dd])

---

q) Cic. de re publ. II 37. Liv. IV 1—6.

r) L. un. C. Th. nupt. gent. (3, 14).

s) Ulpian. XIII 1 XVI 2 L. 44 pr. § 1 D. de ritu nupt. (23, 2).

t) L. 16 pr. D. de ritu nupt. (23, 2) L. 3 § 1 D. de don. inter vir. et ux. (24, 1).

u) L. 42 § 1 D. de ritu nupt. (23, 1) (Modestin.): si senatoris filia, neptis, proneptis libertino vel qui artem ludicram exercuit, cuiusve pater materve id fecerit, nupserit, nuptiae non erunt.

v) L. 1 C. de nat. lib. (5, 27).

w) Nov. Anthem. 1.

x) L. 23 C. de nupt. (5, 4).

y) Nov. 117 c. 6 L. 29 C. de nupt. (5, 4). Vgl. Savigny System II S. 517 ff.

z) L. 6 C. Th. de iud. (16, 8) (Constantius) L. 2 C. Th. de nupt. (3, 7) Theodos. II) L. 6 C. de iud. (1, 9).

aa) L. 38 pr. D. de ritu nupt. (23, 2).

bb) L. 63. 65 D. eodem.

cc) L. 59. 60 D. eodem.

dd) Nov. 134 c. 14.

Früher war dieselbe nicht nichtig, nur die Strafen der Lex Julia de adulteriis traten ein. Sodann zwischen Entführer und Entführten. [ee]

CCLXXXIX. Die Ehe wird geschlossen lediglich durch Consensus, d. h. durch den darauf gerichteten Willen und Ausführung desselben, Zusammenleben mit der maritalis affectio.[a] Bloß wörtlicher Consens ist nicht hinreichend, aber die Ausführung ist nicht an eine bestimmte Form gebunden, unter andern kann die Ehe geschlossen werden, wenn die Frau in Abwesenheit des Mannes in das Haus desselben übergeht. [b] Allerdings waren besondere Ceremonien Sitte, z. B. deductio in domum, aber juristisch nothwendig waren sie nicht, bloß wichtig für den Beweis der affectio maritalis. Wenn ein Consortium mit einer Freien von ehrbarem Wandel eingegangen ist, so wird die maritalis affectio vermuthet, bis das Gegentheil erwiesen ist. [c] Sind die Subjecte unter Patria Potestas, so ist Einwilligung des Vaters nöthig, ohne sie ist die Ehe nichtig, so gut wie wenn einer der Gatten nicht eingewilligt hätte. [d]

Noch unter Justinian hatte man anfangs keine weitere Form. [e] Etwa im Jahre 538 bestimmte eine Novelle Folgendes: 1) Staatsdiener von Senatoren aufwärts sollen nur durch einen schriftlichen Ehecontract, dotalia instrumenta, Ehen schließen können, 2) Staatsdiener unter dem Rang der Senatoren nur durch Erklärung bei dem defensor ecclesiae ihres Orts und durch Aufnahme eines Protokolls mit Zuziehung des Geistlichen; 3) für Personen ohne Rang blieb das alte Recht bestehen.

Der Eingehung der Ehe geht gewöhnlich ein gegenseitiges Versprechen der künftigen Eheschließung voraus, sponsalia, Verlöbniß. [f] Da sich dasselbe

---

ee) L. 1 C. Th. de raptu virg. (9, 24) Nov. 143. 150.

a) L. 30 D. de R. I. (50, 17): nuptias non concubitus, sed consensus facit.

b) L. 5. 7 D. de R. N. (23, 2) L. 15 D. de cond. et dem. (35, 1), L. 66 D. de don. inter vir. (34, 1).

c) L. 24 D. de R. N. (23, 2).

d) L. 11—13 D. de sponsal. (23, 1). [Schon bei der Coëmtio wird diese „Auctoritas" des Vaters erwähnt, die lex iulia de adulteriis c. 2 erlaubte ihm, die im Ehebruch begriffene Tochter zu tödten: quam in potestate habet, aut quae eo auctore, cum in potestate esset, viro in manum convenerit Collat. IV c. 2 § 3 c. 7. R.]

e) Nov. 22 c. 3 (536). Nov. 74 c. 4. 5 (538).

f) Dig. XXIII 1: de sponsalibus. Cod. V 1: de sponsalibus et arris sponsaliciis et proxeneticis. Cod. Theod. III 5: de sponsalibus et ante nuptias donationibus. [Die Sponsalien bestanden ursprünglich aus zwei correspondirenden Stipulationen. Der Bräutigam stipulirt und der Vater verspricht: filiam in matrimonium datum iri, der Vater stipulirt und der Bräutigam verspricht: filiam uxorem ductum iri. Jene ist die Sponsio, die Stipulation des Vaters die contraria sponsio, die Restipulatio und Repromissio. Das ganze Geschäft enthält eine Consponsio, einen contractus stipulationum sponsionumque, (wie die Coëmtio eine wechselseitige Emtio vor denselben Mancipationszeugen, die Confarreatio ein Ehebündniß vor denselben Opferzeugen in sich schloß) Varr. de ling. lat. VI 5 § 70. 71. Gell. IV 4 L. 1 D. de spons. (23, 1). Sponsalia sunt mentio (sponsio?) et repromissio nuptiarum futurarum. L. 2. 3 eod. (§ 258 m. Huschke Zeitschrift X 6 n. 1. 2). Diesem förmlichen Verlöbniß konnte ein unförmliches durch dictio und pactio vorhergehen, aus welchem keine Klage entstand. Juvenal. 6, 25. 7. Arnob. adv. gentes IV 20. Non. p. 439 Mercer. Seitdem gegen die actio ex sponsu durch exceptio doli geholfen wurde, § 258 n. o, verschwand die feierliche Form, und es wurde Grundsatz: sufficit nudus consensus ad constituenda sponsalia L. 4 pr. h. t. — Eine besonders strenge Verlöbnißordnung galt in Corduba nach einem von dem Bd. I § 104 cc erwähnten französischen Juristen mitgetheilten Fragment des Seneca (de matrimonio): »Cordubenses nostri, ut maxime laudarunt nuptias, ita qui sine his convenissent excluserunt cretione hereditatum, etiam pactam ne osculo quidem, nisi Cereri fecissent et hymnos cecinissent, adtingi voluerunt: si quis osculo solo octo parentibus aut vicinis non adhibitis adtigisset, huic abducendae quidem sponsae ius erat, ita tamen, ut tertia parte bonorum sobolem

auf eine künftige Ehe bezieht, so ist es auch bei Impuberes möglich. Durch ein solches Verlöbniß soll aber kein Zwang zur Eheschließung entstehen, selbst kein indirecter durch Conventionalstrafe.[g]) Daher ist freie Aufkündigung möglich. Anders nach altlatinischem Recht vor der Lex Julia über die Civität der Socii, wonach eine Klage auf Geldentschädigung gegen den Deserenten gegeben wurde (§ 258 Note l).[h]) Die rechtliche Bedeutung der Sponsalien lag darin, daß sie die affectio maritalis für das nachher ausgeführte Consortium bewiesen, wodurch die Formlosigkeit der Ehescheidung weniger gefährlich wurde. In dieser Rücksicht war denn auch festgesetzt, daß bina sponsalia infamiren (§ 216). Schenkungen in Rücksicht der künftigen Ehe können von dem an der Aufhebung schuldigen Theil nicht zurückgefordert werden.[i]) Später wurde gewöhnlich eine arrha sponsalicia gegeben, mit der Wirkung, daß der an der Aufhebung Schuldige sie verliert. Selbst vierfacher Ersatz kann bedungen werden.[k]) Dieß war denn schon der Uebergang zu einer unmittelbaren Wirkung der Sponsalien, wie sie im nachrömischen Recht eintrat.

CCXC. Die Auflösung der Ehe kann geschehen, entweder durch Eintritt eines von dem Willen unabhängigen Umstands, der das Fortbestehen hindert, oder absichtliche Scheidung.

Zu der ersten Classe gehört vor allem der Tod. Für die Frau hat der Tod des Mannes noch einige besondere Folgen: 1) sie hat die Trauerpflicht, wie für andere sehr nahe Verwandte, welche Bestimmung später auf Ascendenten und Descendenten beschränkt wurde. Die Trauer bestand in der Vermeidung des Schmucks und der Theilnahme an Gastmählern[a]) und dauerte ein Jahr.[b]) Die Lex Julia setzte Infamie auf die Verletzung der Trauerpflicht (früher gab es keine Infamie der Frauen), wodurch jene Bestimmung unter

---

parens, si vellet, multaret«. Sie erinnert eher an Nov. 115 c. 3 § 11 als an L. 6 C. Th. de spons. (3, 5), die man mit ihr zu combiniren versucht hat. Vgl. Dirksen, Abh. der Berl. Acad. v. 16 Nov. 1848. No. II. R.]

g) L. 19. 134 pr. D. de V. O. (45, 1).

h) Gell. IV 4. [Dirksen's Zweifel gegen die Beziehung dieses Satzes auf den alten latinischen Bund und gegen seine Fortdauer bis zur Lex Julia (Abh. der Berl. Acad. v. 16 Nov. 1848 Note l) gründen sich auf die unrichtige Voraussetzung, daß der latinische Bund schon durch den großen latinischen Krieg aufgelöst sei. R.]

i) Vat. fragm. § 262.

k) L. 6 C. Th. de spons. (3, 5) L. 3. 5 C. de sponsal. (5, 1). [Die arrha enthält gleich der Mancipation und der Manus einen Formalrest des rohen primitven Rechtszustandes, in welchem die Ehe entweder außerhalb des Stammes durch Raub oder (innerhalb desselben Stammes) durch Kauf geschlossen wird, vgl. Hofmann über den Verlobungs- und den Trauring (1870) § 2. 3. S. 2—9. Die Rechtsformen haben sich länger erhalten, als das Geldäquivalent; sogar der annulus pronubus (von Eisen und ohne Gemme Plin. hist. nat. XXXIII 1, 4 Macrob. sat. VII 13) hat sich als alterthümliche Form des Abschlusses, als Druck auf den Vertragswillen (pignus), als Zeichen der Uebertragung hausfraulicher Gewalt neben den Schlüsseln, und als Symbol der Fides bei dem Verlöbniß behauptet, nachdem er beim Kauf längst dem Geldstück und der Anzahlung gewichen war, nur wurde er, seit die letztere ethische Bedeutung in den Vordergrund trat, nicht mehr einseitig vom Manne (dem Käufer) gegeben, sondern von beiden Theilen gewechselt und — wie Capito (Macrob. sat. VII 13 § 11) bemerkte — um ihn zu schonen, am vierten Finger der linken Hand getragen. Vgl. überhaupt L. 77 § 21 D. de leg. 2. (31) L. 22 § 5 D. qui test. (28, 1) L. 74 D. de V. S. (50, 16) Lucan. 3, 201 »signata iura« Val. Max. VII 8 § 5. R.]

a) Paul. sent. I 21 § 14.

b) Seneca ep. 63: annum feminis ad lugendum constituere, non ut tamdiu, sed ne diutius. Fragm. Vat. § 321: quem annum decem mensium esse Pomponius ait. Savigny System II S. 526 a.

die Eheverbote gestellt wurde. Diese Folge und sonach die Infamie fällt weg nach justinianischem Recht.[c]) 2) Die Frau kann nicht heirathen, ehe die Möglichkeit, daß sie ein Kind von dem verstorbenen Mann trägt, gänzlich beseitigt ist, die Zeit ist zehn, nach Theodosius zwölf Monate.[d]) Der Zweck dieser Bestimmung ist, es soll keine Ungewißheit über die Kindschaft, turbatio sanguinis, entstehen. Auf Verletzung derselben steht Infamie.[e]) Sie fällt weg mit der Geburt des Kindes (nicht zu verwechseln mit der Trauer, welche fortdauert).[f]) Im justinianischen Recht hat die Infamie der Frauen aufgehört. 3) Im späteren Recht ist die zweite Ehe überhaupt beschränkt. Dem römischen Nationalgefühl galt es für ehrbar, daß die Wittwe unverehelicht blieb, univira war gleichbedeutend mit castissima. Dessenungeachtet forderte die Lex Julia und Papia eine zweite Ehe, eine aufgelöste entzog den Strafen nicht. In der vierten Periode aber, von Constantin an, wurden rechtliche Nachtheile an die secundae nuptiae geknüpft (poenae secundarum nuptiarum), nicht sowohl aber wegen jener sittlichen Ansicht von der Ehrbarkeit des Wittwenstandes, als vielmehr rücksichtlich der Kinder erster Ehe, daher sie auch für den Mann galten. Der Zweck dieser Bestimmungen war immer der Schutz gegen die schlechtere Lage, in die die Kinder häufig bei Eingehung einer folgenden Ehe kommen. Secundae nuptiae heißt jede folgende Ehe, in Beziehung auf die vorangegangene.

Constantin verordnete 334: der Mann soll den Nießbrauch am mütterlichen Vermögen der Kinder verlieren, wenn er eine zweite Ehe schließt. Leo hob diese Verordnung auf.[g]) — Constantius entzog der Binuba das Recht, die den Kindern erster Ehe gemachten Schenkungen wegen Undanks zu revociren.[h]) Nachher wurde es wenigstens auf sehr wenige Fälle beschränkt.[i]) Theodosius, Gratian und Valentinian verordneten 382: Die Frau soll an dem lucrum nuptiale nur den Genuß haben und dasselbe unverringert den Kindern erster Ehe hinterlassen müssen.[k]) Ebendasselbe bestimmten Theodosius und Valentinian 439 vom Mann.[l]) Endlich verordnet Leo I 469; der Binubus kann ferner dem zweiten Gatten nicht mehr geben, als ein Kind erster Ehe von ihm erhält.[m]) Außerdem giebt es noch einige weniger bedeutende Beschränkungen.[n])

Die Ehe wird ferner aufgehoben durch Verlust der Freiheit, namentlich die servitus poenae.[o]) Justinian hat diese Servitus aufgehoben und damit auch diesen Aufhebungsgrund. Dann durch Kriegsgefangenschaft,[p]) wobei selbst im Fall der Rückkehr kein Postliminium eintrat, sondern nur Erneuerung

---

c) L. 15 C. ex quibus caus. inf. (2, 11).

d) L. 2 C. de sec. nupt. (5, 9).

e) L. 11 § 1 D. de his, qui not. (3, 2): etsi talis sit maritus, quem more maiorum lugere non oportet, non posse eam nuptum intra legitimum tempus collocari: praetor enim ad id tempus se rettulit, quo vir elugeretur, qui solet elugeri, propter turbationem sanguinis.

f) L. 11 § 2 D. eodem.

g) L. 4 C. de mat. bon. (6, 60).

h) L. 7 C. de rev. don. (8, 55).

i) Nov. 22 c. 35.

k) L. 3 C. de secund. nupt. (5, 9).

l) L. 5 C. eodem.

m) L. 6 C. eodem.

n) Vgl. Puchta Pandekten § 428.

o) L. 24 C. de don. inter vir. (5, 16).

p) L. 1 D. de divort. (24, 2) L. 12 § 4 D. de capt. (49, 15): captivi uxor. tametsi maxime velit et in domo eius sit, non tamen in matrimonio est.

der Ehe durch Uebereinstimmung beider möglich war.[q]) Dessenungeachtet wurde sie als Scheidung betrachtet, wenn der Zurückbleibende heirathet. Diese Inconsequenz wurde durch gesetzliche Bestimmungen, wahrscheinlich der Lex Julia und Papia hervorgebracht. Als erlaubt und straflos gilt die Scheidung nur dann, wenn das Leben des in Kriegsgefangenschaft gerathenen ungewiß und überdieß fünf Jahre verstrichen sind.[r]) Constantin fordert nur vier Jahre,[s]) Justinian wieder fünf.[t]) Endlich wurde die Kriegsgefangenschaft einer jeden andern Entfernung gleichgestellt und der Beweis des Todes erfordert. Ist dieser Beweis geführt und der Mann kehrt zurück, so ist die zweite Ehe nichtig.[u])

Beim Verlust der Civität, sei es zur Strafe oder nicht, erfolgt keine Auflösung der Ehe, da sie als matrimonium iuris gentium fortdauern kann. Die Trennung ist also Scheidung.[v])

Die Ehe wird aufgehoben durch incestus superveniens, wenn der Vater der Frau seinen Schwiegersohn adoptirt, denn hier wird die Frau Schwester des Mannes.[w]) Endlich durch Standesverschiedenheit, wenn der Ehemann einer Libertina Senator wird. Dieß hat Justinian beseitigt, noch ehe er das ganze Ehehinderniß aufhob.[x])

CCXCI. Die freiwillige Aufhebung der Ehe heißt Scheidung, divortium, die einseitige repudium.[a]) Das römische Recht geht von folgenden natürlichen Gesichtspunkten aus. Die Ehe besteht durch die maritalis affectio, durch den entgegengesetzten Willen hört sie auf. Die Römer konnten sich keine Ehe denken, wo nicht der wirkliche Wille die Gatten verbände. Nur das Juristische kam hinzu (wie beim Besitz), daß nicht schon die Nichtexistenz des Willens die eingegangene Ehe beendigt, daher nicht Wahnsinn, sondern nur der entgegengesetzte Wille. Daher das Princip der freien Scheidung (nur mit einer Ausnahme für die älteste Zeit), insofern als der Wille, nicht mehr in der Ehe zu leben, die Aufhebung hervorbringt. Nur können gewisse Nachtheile damit verbunden sein.

Das älteste Recht der Scheidung war dieses: die Ehe durch Confarreatio ist unauflöslich, nicht etwa wegen der Manus; beim Flamen Dialis gehörte sie zu seinen Amtserfordernissen; stirbt die Frau, so verliert er sein Amt, — (Gell. X 15 uxorem si amisit, flaminio decedit) — bei andern Personen erfand man später eine Auflösung, diffarreatio, also unter Mitwirkung der Priester: hier ist das Princip der freien Scheidung überwunden durch die Macht des religiösen Princips, das hier vorwaltet.

Bei jeder andern Ehe fand die Scheidung ohne Form Statt, ohne Mitwirkung einer Behörde, sie war möglich durch Uebereinstimmung oder einseitig, repudium mittere. So wie dieß angekündigt ist, ist die Ehe aufgehoben, auch

---

q) L. 14 § 1 D. de captiv. (49, 15): non, ut pater filium, ita uxorem maritus iure postliminii recipiet, sed consensu redintegratur matrimonium.

r) L. 6 D. de divort. (24, 2) L. 8 D. de captiv. (49, 15).

s) L. 7 C. de repud. (5, 17).

t) Nov. 22 c. 7.

u) Nov. 117 c. 11.

v) L. 56 D. sol. matr. (24, 3) L. 1 C. de repud. (5, 17). [Vgl. M. Cohn Beiträge II (1880) S. 211 ff.]

w) L. 67 § 3 D. de R. N. (23, 2).

x) L. 28 C. de nupt. (5, 4).

die ſtrenge Ehe, und kann dann die Remancipation gefordert werden.[b] Zu Cicero's Zeit war es ſogar beſtritten, ob eine Ankündigung überhaupt nöthig ſei.[c] Schon aber in der zweiten Periode wurde eine Scheidung ohne Grund beſtraft, eben ſo auch die Veranlaſſung zu gerechter Scheidung, beim Mann durch nota censoria, bei der Frau durch Nachtheile an der Dos.[d]

Nach Cicero philipp. II 28 (mimam illam suam suas res sibi habere iussit ex duodecim tabulis: claves ademit, exegit) hat man oft angenommen, daß ſchon die Zwölf Tafeln etwas über die Scheidung enthalten, dieß iſt aber nicht in jener Stelle geſagt, auch iſt die Lesart ſehr unſicher. Dagegen wird bei nichtjuriſtiſchen Schriftſtellern erzählt: Erſt im Jahre 520 habe in Rom die erſte Eheſcheidung ſtattgefunden, des Spurius Carvilius Ruga.[e] Dieſe Erzählung iſt ſehr auffallend und unwahrſcheinlich. Sie kann aber ſo verſtanden werden, daß jene Scheidung die erſte einſeitige, willkürliche, oder öffentlich zur Sprache gekommene war: Servius Sulpicius in libro de dotibus erzählte die Geſchichte bei Gelegenheit der actiones und cautiones rei uxoriae, die vorher nicht vorgekommen ſeien.

Auch in der dritten Periode war der Grundſatz der freien Scheidung durchweg anerkannt. Das pactum, ne liceat divertere (auch Conventionalſtrafe) war ungültig[f] In einem Fall ſoll ſich die Frau nicht ſcheiden können: die Liberta von ihrem Patron nach der Lex Julia und Papia. Dennoch ſagen die Juriſten: constare matrimonium dicere non possumus, cum sit separatum. Allein die Ehe wird nur zu ihrem Nachtheil als beſtehend fingirt, daher darf ſie ſich nicht wieder verheirathen, bis der Patron ſeinen Willen ebenfalls aufgegeben hat.[g]

Die Lex Julia de adulteriis ſetzte eine Form für die einſeitige Scheidung feſt, damit eine Ehebrecherin ſich nicht ſollte auf Scheidung berufen können: Ankündigung des Repudiums durch einen Libertus der Familie vor ſieben testes puberes cives romani.[h]

Wenn die Scheidung nicht in dieſer Form geſchehen iſt, ſo beſteht das Matrimonium iure fort. Die formloſe Scheidung befreit nicht von der Strafe der Lex Julia de adulteriis, factiſch dagegen iſt die Ehe durch das Divortium geſchieden, daher fällt die Succeſſion der Ehegatten mit der formloſen Scheidung weg.[i]

Auch der, welcher die Patria Poteſtas über die Gatten hat, kann die Ehe ſcheiden. Nach einer Conſtitution des Marcus nur, wenn der Gatte ſelbſt einwilligt. Von dem Nachtheil bei unbegründeten oder verſchuldeten Scheidungen

---

a) Dig. XXIV 2: de devortiis et repudiis. Cod. Theod. III 16 Cod. V 17: de repudiis et iudicio de moribus sublato. Wächter über Eheſcheidungen bei den Römern. 1822. Klenze die Freiheit der Eheſcheidung nach älterem röm. Recht. Zeitſchr. für geſch. Rechtswiſſ. VII 2 (1831).

b) Gai. I 137.

c) Cic. de orat. I 40. 56.

d) Gell. X 23. [Vgl. über dieſe Stelle Haſſe im Rhein. Muſ. 1828. S. 106—111. Puchta Kleine civil. Schriften 1851 S. 169 f.] Cic. top. 4.

e) Gell. IV 3 XVII 21 Dionys. II 72 Val. Max. II 1. 4 Plutarch. comp. Thes. c. Rom. 6 comp. Lyc. c. Num. 3 qu. Rom. 14 Tertull. apol. 6 de monogam. 9. Savigny üb. die erſte Eheſcheidung in Rom (1814). Zeitſchr. V Num. 7. [Verm. Schr. I 4.]

f) L. 19. 134 in f. D. de V. O. (45, 1) L. 2 C. de inut. stip. (8, 38): libera matrimonia esse antiquitus placuit, ideoque pacta ne liceret divertere non valere constat.

g) L. 11 D. de divort. (24, 2).

h) L. 9 D. eod. Sueton. Octav. 34: divortiis modum imposuit.

i) L. un. § 1 D. unde vir et uxor (38, 11).

wird im Güterrecht der Ehegatten die Rede sein. Ohne allen Nachtheil ist das divortium consensu, und was dem gleichsteht, z. B. wegen Kriegsgefangenschaft. Dann wegen unheilbaren Wahnsinns.

In der vierten Periode war die Scheidung sehr häufig Gegenstand der Gesetzgebung. Es blieb der Grundsatz, daß es nur eine Privatscheidung giebt, und die Ehe in der That aufgelöst ist, wenn ein Theil sie nicht fortsetzen will. So sagt z. B. Justinian in der Novelle 22 c. 3: die Ehe sei eine menschliche Verbindung und könne daher aufgelöst werden. So wie die Ehe privatim geschlossen wurde, so war auch die Scheidung kein gerichtlicher Act. Wohl aber haben die Gesetzgeber Scheidung zu verhüten gesucht durch Strafen auf ungegründete und Nachtheile für die, welche Grund dazu geben. Folgende Fälle werden unterschieden:

1) Divortium consensu, dieß war durchaus gestattet und ohne nachtheilige Folgen, bis Justinian es erst spät verbot, wenn nicht beide Theile ins Kloster gehen wollten.[k]) Schon sein Nachfolger Justin II mußte es wieder erlauben.

2) Divortium bona gratia, einseitige Scheidung aus einem rechtmäßigen Grund, der nicht auf einem Vergehen beruht. Als solche Gründe werden anerkannt: Impotenz, wobei Justinian eine Probezeit von 2, nachher 3 Jahren festsetzte, — Gelübde der Keuschheit — Gefangenschaft § 290. Constantin erlaubte der Frau sich zu scheiden, wenn der Mann in den Krieg gezogen und sie vier Jahre ohne Nachricht gelassen hatte, diese Zeit erhöhte Justinian auf zehn Jahre.[l]) Endlich verbot er die Scheidung aus diesem Grund ganz.[m])

3) Repudium, aus einem rechtmäßigen Grund, den ein Vergehen des andern Ehegatten gewährt. Constantin setzte 331 folgende Gründe fest: Giftmischerei, bei dem Mann Mord und Zerstörung von Grabmälern, bei der Frau Ehebruch und Kuppelei.[n]) Nachher wurde das Recht oft verändert: Julian stellte das ältere Recht wieder her,[o]) Honorius beschränkte wieder,[p]) Theodosius II stellte 439 das Recht der dritten Periode wieder her.[q]) Aber 449 ging er wieder auf die Ansichten Constantin's ein, nur vermehrte er die Gründe: Ehebruch, Mord, Giftmischerei, und mehrere andere Verbrechen, Mißhandlung, verdächtiges Leben (bei der Frau gehört dahin, wenn sie wider Willen des Mannes die öffentlichen Schauspiele besucht) u. s. f.[r]) Diese Veränderungen hat Justinian recipirt, allein später, in der Novelle 117 c. 14, wieder etwas beschränkt, z. B. Mißhandlung soll kein Grund mehr sein, sondern statt der Scheidung ein Drittel der donatio propter nuptias an die Frau ausgeliefert werden. Die Nachtheile für den schuldigen Theil sind nach der Verordnung des Honorius: für die Frau Verlust der Dos, für den Mann der Donatio propter Nuptias. Eben so Theodosius II in einer späteren Verordnung (von 449); dabei hat es im Ganzen Justinian belassen, nur daß er bei verschiedenen Vergehen verschiedene Folgen eintreten läßt.[s])

---

k) Nov. 117 c. 10. Nov. 134 c. 11.
l) Nov. 22 c. 14. *m*) Nov. 117 c. 11.
n) L. 1 C. Th. de repud. (6, 13).
o) Ein Stück dieser Verordnung ist L. 2 C. Th. de dotibus (3, 13) von 363.
p) L. 2 C. Th. de repud. (3, 16) vom Jahr 421.
q) Nov. Theod. 17 (439).
r) L. 8 C. de repud. (5, 17) (Orient. 449).
s) Nov. 117 c. 8. Im Fall des Ehebruchs trifft den Mann Verlust der donatio propter nuptias an die Frau, des übrigen Vermögens an die Ascendenten oder Descendenten im ersten Grade, die Frau kommt ins Kloster, an das auch ihr Vermögen fällt, mit Ausnahme von $^2/_3$ für ihre Descendenten (oder $^1/_3$ für ihre Ascendenten). Nov. 134 c. 10.

4) Wer ohne einen gesetzlichen Grund sich scheidet, verliert nach dem Gesetz Theodosius II (449) ebenfalls die Dos oder Donatio propter Nuptias, oder, wo eine solche nicht existirt, nach Justinian ein Viertel des Vermögens (doch nicht mehr als hundert Pfund Goldes).[t]) Nach einem spätern Gesetz noch dazu ein Drittel dieses Betrags.[u]) Nach Novelle 134 c. 11 endlich soll der sich unrechtmäßig Scheidende, Mann oder Frau, ins Kloster gesteckt werden, und sein Vermögen verlieren, theils an seine gesetzlichen Erben, theils ans Kloster.

Statt der Form der Lex Julia de adulteriis hat schon Diocletian die Sendung eines Scheidebriefs eingeführt.[v])

CCXCII. Der Mann trägt die Lasten der Ehe, die Kosten des Haushalts, der Erziehung der Kinder. Gewöhnlich aber bringt die Frau einen Beitrag dazu mit in die Ehe. Dieser Beitrag kommt in das Vermögen des Mannes, als der Fonds für die onera matrimonii. Mit andern Worten, es wird dem Mann etwas dotis nomine gegeben,[a]) sei es von der Frau oder für sie. Dieß kam vor 1) bei der strengen Ehe. Hatte die Frau selbst Vermögen, so kam es durch die Manus ganz an den Mann.[b]) Außerdem konnte ein Dritter, der

---

t) L. 11 pr. § 1 C. de repud. 5, 17 (528) Nov. 22 c. 15. 16. 18.

u) Nov. 117 c. 13. Der Mann eben so Nov. 127.

v) L. 6. 8 pr. C. de repud. (5, 17).

a) Ulpian. VI Paul. II 21 b. Vat. fragm. § 94—122. Dig. XXIII 1 Cod. V 12: de iure dotium. Cod. Theod. de dotibus. [Die neuesten Bearbeitungen sind: Bechmann das römische Dotalrecht 1863. 1867. Dazu die Rec. v. Scheurl in der Krit. V. J. Schrift. Bd. VI Czyhlarz röm. Dotalrecht 1869. Der spezielle Beitrag zu den Ehelasten kommt nur gelegentlich zur Sprache (L. 16 pr. D. de castr. pec. 49, 17). Den richtigen Ausgangspunkt bildet die Stellung der Frau, für welche die Dos so wesentlich oder doch so wichtig ist, daß eine mulier indotata factisch nicht für voll angesehen wurde. R.]

b) Cic. top. 4, 23: Cum mulier viro in manum convenerit, omnia, quae mulieris fuerunt, viri fient dotis nomine. [Nicht unwiderruflich donationis nomine. Die Totalklage ist als eine actio in bonum et aequum concepta unabhängig vom Status und daher auch einer Abhängigen zugänglich. L. 8 D. de cap. min. (4, 5). Savigny System II S. 113. Dadurch gewinnt die frühere Streitfrage über die Dos bei strenger Ehe (Danz Lehrbuch der Geschichte des R. R. I § 97) eine ganz andere Gestalt. R.] Vat. fragm. § 115: omnia in dotem — dari posse, argumento esse in manum conventionem. [Das Unterscheidende ist, daß bei strenger Ehe der Uebergang des eigenen Vermögens der Frau (res uxoria) ein gesetzlicher und universeller war (Gaius III 82—84); auch der Rückfall an die Frau erfolgte gesetzlich nach den Regeln der legitima hereditas (Gai. III 3). Mit der Manus fiel beides weg, zum Uebergang in das Vermögen des Mannes bedurfte es daher eines autonomischen Acts (constitutio), das Wort dos für das Frauengut (res uxoria) ist eine lediglich von dem autonomen Bestellungsacte (δόσις) entlehnte Bezeichnung. Eben so wurde der Rückfall seit dem Wegfall des gesetzlichen Erbrechts, also bei freier Ehe, durch einen Act der Autonomie vermittelt. Das ist die dos praelegata (Dig. XXXIII 4) und recepticia (Ulp. VI 5) die cautio oder stipulatio rei uxoriae (Gell. N. A. 4, 3). Der Wendepunkt fällt in die zweite Hälfte des sechsten Jahrhunderts (vgl. § 291 e), er beruht zum Theil auf einem Volksschluß, der lex maenia vom Jahr 568 (186), deren Namen M. Voigt die lex maenia de dote (1866) aus einigen verlorenen Notizen bei Cato und Varro ermittelt hat; dagegen freilich Czyhlarz Dotalrecht, in der Einleitung, vgl. aber Arndts Zeitschr. für R. G. VII (1868) 1—44. In die Stelle des häuslichen Ehegerichts trat ein iudicium de moribus mit Retentionen wegen der überhandnehmenden leichtsinnigen oder schuldvollen Scheidung (Plin. hist. nat. 14, 13. 99 L. 11 § 3 D. ad legem iul. de adult. 48, 5) und eine actio in bonum et aequum concepta auf Rückgabe der Dos mit nähern Bestimmungen über die rechtliche Stellung des Hausvaters (Ulp. VI 4), der verheiratheten Haustochter (adiuncta filiae persona Ulp. VI 6) und der Ehefrau eines Haussohnes (bivira). Zur Ermittlung der Retentionsbeträge wurde ein praeiudicium quanta dos sit eingeführt Gai. IV 44. Im Allgemeinen galt aber auch jetzt noch der Grundsatz: dotis causa *perpetua* est, cum voto eius qui dat ita contrahitur, ut *semper* apud maritum sit: L. 1 D. de iure dot. (23, 3) Ulp. VI 5. R.]

Vater oder ein Extraneus, etwas dotis nomine geben, 2) bei der freien Ehe. Hat hier die Frau Vermögen, so bleibt es ihr unverändert, aber sie kann etwas dotis nomine geben; eben so ein anderer.

Ist der Ehemann in Patria Potestas, so ist es der Vater, der die onera matrimonii trägt, diesem wird dann auch die Dos erworben.[c])

Dos ist also, was in das Vermögen des Mannes gebracht wird zum Zweck der Ehe, als Beitrag zu ihren Lasten. Erfordernisse derselben sind:

1) Vermehrung des Vermögens des Mannes. Auf wie verschiedene Weise dieß möglich ist, auf so verschiedene ist auch eine Dos möglich, z. B. Eigenthum, iura in re, Cession von Forderungen, Bestellung einer Forderung, Erlaß einer Schuld ꝛc.

2) Die Dos muß zum Zweck der Ehe gegeben sein, a) ohne Ehe keine Dos. Erfolgt die Ehe nicht, so kann das Gegebene mit der condictio causa data causa non secuta zurückgefordert werden, b) der Mann muß den Genuß der Dos während der Ehe erhalten, wo nicht, so existirt keine Dos. c) Die Dos ist nur für die Dauer der Ehe berechnet und soluto matrimonio zu restituiren, wenn nicht anders bestimmt ist.[d]) Gewöhnlich werden deshalb cautiones, stipulationes geschlossen, aber auch abgesehen davon, giebt das Recht eine Klage auf die Zurückforderung der Dos.

Eine eigentliche Dos ist die durch einen besonderen Bestellungsact entstandene. Also ist auszuscheiden der Fall, wo das Vermögen der Frau vermöge der Manus übergeht. Bei der freien Ehe geht mit dem Vermögen der Frau ohne Bestellung keine Veränderung vor, es heißt παράφερνα, ein rein negativer Begriff. Es können auch Personen verpflichtet sein, eine Dos zu bestellen, aus irgend einem obligatorischen Grund. Der Vater der Frau ist es sogar gesetzlich nach einer Constitution von Severus und Antoninus.[e])

Die Dos ist bestellt, constituta, sobald das Vermögen des Mannes in dieser Absicht, dotis nomine, vermehrt ist, er z. B. eine Klage hat. Drei Momente der Bestellung sind zu unterscheiden: 1) Die Verpflichtung zur Bestellung gegenüber der Frau und für solche. Diese braucht nicht vorauszugehen, sie ist überhaupt kein wesentliches Erforderniß für die Bestellung, 2) die wirkliche Bestellung an den Mann, constitutio dotis, 3) die Realisirung der Bestellung, numeratio dotis, nicht nothwendig getrennt von der Constitutio, beides kann zusammenfallen. Ein Beispiel, wo die drei Fälle unterschieden sind: der Vater, der gesetzlich verpflichtet ist, bestellt die Dos durch Versprechen an den Mann, das er dann später erfüllt.

Nach altem Recht gab es drei Bestellungsarten:[f])

1) Datio dotis, Hingeben des Gegenstands selbst, so namentlich zu Eigenthum. Ueberhaupt aber überall, wo das, was Dotalgegenstand sein soll, sofort unmittelbar in das Vermögen des Manns gebracht wird, constitutio und numeratio zusammenfallen, so beim Erlaß einer Schuld.[g])

2) Promissio dotis, Bestellung durch Stipulation. Auch diese ist schon Bestellung, sofern sie an den Mann geschieht, nicht etwa Verpflichtung zur Bestellung.

---

c) L. 57 D. de iure dot. (23, 3).
d) L. 7 pr. D. de iure dot. (23, 3).
e) L. 19 D. de R. N. (23, 2).
f) Ulpian. VI 1.
g) Gai. II 63 L. 23. 48 § 1 D. de iure dot. (23, 3).

3) Dictio dotis. Durch gewisse solenne Worte, die eine Ankündigung enthalten.[h]) Fähig dazu sind nur die Frau mit ihrem Tutor, der Vater und väterliche Ascendent der Frau, endlich der Schuldner der Frau auf ihren Befehl.[i]) Im neuesten Recht giebt es nur noch zwei Bestellungsarten: datio und promissio dotis. Letztere aber kann nach Theodosius II ohne Form, sogar durch bloße Pollicitatio geschehen.[k])

Die Dos geht in das Vermögen des Mannes, an Sachen wird er Eigenthümer. Die Frau hat kein Recht während der Ehe, dessenungeachtet heißt sie ihre Dos, insofern sie von ihr oder für sie gegeben und künftig an sie zu restituiren ist. Daher: quamvis in bonis mariti dos sit, mulieris tamen est,[l]) die Frau hat ein Recht, aber freilich nur ein künftiges.

Es ist als eine Sache des öffentlichen Interesse behandelt worden, daß den Frauen ihre Dos erhalten wird, für ihren künftigen Unterhalt oder für eine zweite Ehe. Es ist ihnen daher die künftige Restitution auf verschiedene Weise gesichert (wie z. B. durch ein Vorzugsrecht beim Concurs des Mannes). Dahin gehört auch die Vorschrift der Lex Julia de fundo dotali: der Mann soll italische Dotalgrundstücke nicht veräußern oder verpfänden können.[m]) Veräußerung mit Einwilligung der Frau war erlaubt, Verpfändung nicht.[n]) Die römischen Juristen haben dieß Verbot in favorem mulierum sehr weit genommen, auch Usucapion daran kann nicht anfangen.[o]) Auch war es schon schwankend, ob diese Bestimmung nicht auf Provincialgrundstücke anzuwenden sei.[p]) Die Veräußerung ist aber nur insofern ungültig, als das Grundstück nach Auf-

---

h) Terent. Andr. V 4. 47. Chr. dos Pamphile est decem talenta. P. accipio. Dazu Donatus: ille nisi dixisset, accipio, dos non esset. datio enim ab acceptione confirmatur. nec potest videri datum id, quod non sit acceptum. Seneca controv. I 6: quidam dictas non accepere dotes.

i) Ulpian. VI 2 Cicero pro Flacco c. 35, 86: doti, inquit, Valeria pecuniam omnem suam dixerat. nihil istorum explicari potest, nisi ostenderis, illam in tutela Flacci non fuisse, si fuit, quaecunque sine hoc auctore dicta dos, nulla est. pro Caec. 25, 72: ipse nunquam auderet iudicare, deberi viro dotem, quam mulier nullo auctore dixisset. Fragm. Vat. § 110: non curatore praesente promitti debere, sed tutore auctore. Plin. II ep. 4. [vgl. überhaupt Czyhlarz in der Zeitschr. für R. G. VII (1868) S. 243—257. Die Zahlungs- oder Creditanweisung war der Auctoritas der Geschlechtsvormünder nicht unterworfen, weil die Obligatio, welche die Frau veräußert, eine nec mancipi res ist, daher ist auch der Schuldner in der dictio mit begriffen. Für den Vater trat später ein officium paternum ein L. 44 D. de iure dot. (23, 3) L. 7 C. eodem (5, 12), früher aber erfolgte die dictio sponte, d. h. 1) ohne Frage und 2) ohne Rechtszwang. Die Sponsalien unterlagen der Autonomie des röm. Bürgers. Das Vermögen der Frau war bei der Manusehe von selbst dotal, es bedurfte also keiner dictio, aber möglich war sie dennoch. Cic. pro Flacco 34 init. in manum inquit convenerat und doch daneben 35, 86 doti, inquit, Valeria pecuniam omnem suam dixerat. Unfähig ist die Mutter: Fragm. Vat. § 100: eam quae dicta est a matre peti non posse. Ferner die Frau selbst, wenn sie Haustochter ist Fragm. Vat. § 99: filiamfamilias ex dotis dictione obligari non potuisse. Anders bei der Promission und der Datio aus dem Peculium L. 24 D. de iure dot. (23, 3). Als Grund führt man die Unfähigkeit zur Pollicitation und dem Votum an L. 2 § 1 D. de pollicit. (50, 12). Meykow die Diction der römischen Brautgabe 1850 S. 54. Aber eine eigentliche Pollicitation liegt gar nicht vor; der wahre Grund ist, daß die legum dictio über die Haustochter nur dem Vater zustehen kann Ulp. XX. 10. Auf dotis dictio bezogen sich die interpolirten L. 44 § 1 L. 46 pr. L. 50 L. 57 D. de iure dot. (23, 3) L. 31 § 1 D. de nov. (46, 2). R.]

k) L. 4 C. Th. de dotibus (3, 13) (428) = L. 6 C. de dotis prom. (5, 11).

l) L. 75 D. de iure dot. (23, 3).

m) L. 4 D. de fundo dot. (23, 5).

n) Gai. II 62. 32. Paul. II 21 b § 1 L. 1 pr. L. 4. 16 D. de fundo dot. (23, 5) L. 1 C. eod. (5, 23) L. un. § 15 C. de rei ux. (5, 13).

o) L. 1 pr. L. 16 de fundo dot. (23, 5).

p) Gai. II 63.

lösung der Ehe an die Frau kommt. [q]) Justinian verordnete dasselbe bei Provincialgrundstücken und verbot sogar die Veräußerung mit Einwilligung der Frau. [r])

Die Güter, welche die Frau dem Mann zugebracht hat, und die an sie soluto matrimonio fallen sollen, heißen res uxoria. Diese fordert sie nach Auflösung der Ehe zurück mit der rei uxoriae actio oder einer Condiction, dieß konnte sie schon iure, außerdem waren auch cautiones rei uxoriae üblich, woraus die actio ex stipulatu gegeben wurde. [s]) Die rei uxoriae actio geht:

1) auf das Vermögen, das durch die Manus an den Mann gekommen ist. Doch hier nur im Fall einer Scheidung. Beim Tod des Manns erbte die Frau filiae loco in das Vermögen des Manns, mit Inbegriff des von ihr Eingebrachten. Beim Tod der Frau war niemand, der es fordern konnte. — Ursprünglich hatte man wahrscheinlich keine Klage, daher die Erzählung, daß durch die Scheidung des Carvilius Ruga die Cautionen aufgekommen seien. [t]) Später aber scheint die actio rei uxoriae darauf ausgedehnt, also jene Güter wie eine Dos behandelt worden zu sein;

2) auf die eigentliche Dos bei der strengen und der freien Ehe. Die Dos ist für die Ehe bestimmt, so lange hat und benutzt sie der Mann. Nach der Trennung hört sie auf, und bleibt regelmäßig nicht beim Mann; der Regel nach kommt sie an die Frau. — Der Rückfall der Dos kann stipulirt sein, dann geht die actio ex stipulatu gegen den Mann und seine Erben nach Trennung der Ehe, wie diese auch erfolge, denn dieß ist Bedingung der Stipulation. [u]) Diese wird wie eine gewöhnliche Stipulation behandelt, das eheliche Verhältniß hat keinen Einfluß. Die Klage wird dem Stipulator gegeben, nach seinem Tod geht sie auf seine Erben über. Der Stipulator kann die Frau sein, die Dos mag von ihr herrühren oder nicht. Oder der dritte Besteller, dann heißt die Dos recepticia. [v]) Ist der Rückfall nicht stipulirt, so tritt die eherechtliche Zurückforderung mit der actio rei uxoriae ein, die eine bonae fidei actio ist. [v*])

Diese Zurückforderung kann geschehen von der Frau oder für sie. 1) Ist die Ehe getrennt durch den Tod des Manns oder durch Scheidung, so ist die Frau Klägerin. Ist sie in der Patria Potestas, der Vater, aber nicht ohne Zustimmung der Tochter, für welche die Dos aufzubewahren ist. Ihre Erben können nur dann klagen, wenn die Frau die Klage hätte anstellen können und der Mann in mora war. [w]) 2) Wenn durch den Tod der Frau die Ehe getrennt ist, so fordert die dos profecticia, die aus dem Vermögen des Vaters

---

q) L. 3 § 1 L. 11 D. de fundo dot. (23, 5).

r) pr. Inst. qu. alien. licet. (2, 8).

s) L. 67 D. de iure dot. (23, 3): aut dotis iure aut per condictionem. Savigny System V S. 517 Note l.

t) Gellius noct. att. IV 3: Servius Sulpicius in libro — de dotibus tum primum cautiones rei uxoriae necessarias esse visas scripsit, cum Sp. Carvilius — divortium cum uxore faceret. XVII 21. 44: primus Romae de amicorum sententia divortium fecit, quod sterilis esset iurassetque apud censores, uxorem se liberorum quaerendorum causa habere. Dionys. II 15. Val. M. II 1. 4. Plutarch. comp. Thes. cum Rom. 4. Lyc. c. Num. 3 qu. Rom. 14. Tert. apol. 6. de monog. 9. Savigny über die erste Ehescheidung in Rom (1818). [Verm. Schriften I S. 81—93].

u) L. 21—23 D. de iure dot. (23, 3).

v) Ulpian. VI 5 Fragm. Vat. § 112.

*v**) [Ueber den Ursprung der Klage vgl. A. Pernice Labeo I S. 452 f.]

w) Ulpian. VI 7 Fragm. vat. § 112.

oder väterlicher Ascendenten gekommen ist,[x]) dieser, nachdem ein Fünftel für jedes Kind abgezogen worden ist, die dos adventicia, d. h. jede Dos, die nicht profecticia ist, bleibt bei dem Mann.[y]) Eine Dos profecticia ist auch dann vorhanden, wenn die Dos von einem Dritten in der Intention, daß der Vater sie haben solle, bestellt worden ist.[z])

Bei der Zurückgabe der Dos muß die vorhandene Sache in natura, außerdem der Werth restituirt werden. Der Mann hat nur diligentia in suis rebus zu prästiren, nicht den Zufall.[aa]) Aber es kann ihm eine Dos als aestimata, mit einem Werthanschlag, gegeben sein, d. h. mit der Bestimmung, daß die Summe der Dotalgegenstand sein solle, aestimatio venditionis gratia.[bb]) Im Gegensatz dazu kann auch eine Aestimation ohne Verwandlung des Gegenstandes bestimmt werden, bloß als einstweiliger Anschlag, wenn etwa künftig der Werth prästirt werden muß, aestimatio taxationis gratia.[cc]) Der Gegenstand der Zurückgabe wird vermehrt durch die Früchte vor der Ehe, aber nicht die Früchte während der Ehe, dagegen durch andere Accessionen, die nicht zu den Früchten gehören.[dd])

Der Gegenstand der actio rei uxoriae wird gemindert:

1) durch retentiones: propter liberos, bei der Scheidung wegen Schuld der Frau ein Sechstel für jedes Kind, doch nicht mehr als drei Sechstel;[dd*]) propter mores, bei Scheidung wegen Vergehen der Frau, bei graviores (Ehebruch) ein Sechstel der Dos, bei leviores ein Achtel; propter impensas, welche der Mann auf die Dotalsache gemacht hat, necessariae impensae ipso iure minuunt dotem, wegen anderer findet Retention Statt, wenn sie mit dem Willen der Frau gemacht sind; propter res donatas, diese werden zurückgefordert; propter res amotas.

2) durch das, was die Frau aus dem Testament des Mannes erhält. Hier galt das edictum de alterutro, d. h. die Frau kann die Dos oder das Ererbte fordern.[ee])

3) durch condemnatio in quantum facere potest, der Mann kann, wenn er die Dos nicht zurückzugeben vermag, wenigstens so viel von seinem Ver-

---

x) Ulpian. VI 3: dos aut profecticia dicitur, id est, quam pater mulieris dedit: aut adventicia, id est ea, quae a quovis alio data est. L. 5 pr. D. de iure dot. (23, 3): profecticia dos est, quae a patre vel parente profecta est de bonis vel facto eius.

y) Ulpian. VI 3—5 Fragm. Vat. § 108 L. un. § 6 C. de rei ux. act. (5, 13).

z) L. 5 § 2 D. de iure dot. (23, 3): si quis patri donaturus dedit, Marcellus — scripsit hanc quoque a patre profectam esse: et est verum.

aa) L. 17 pr. D. de iure dot. (23, 3) L. 24 § 5 D. sol. matr. (24, 3) L. 66 pr. D. eodem: In his rebus, quas praeter numeratam pecuniam doti vir habet, dolum malum et culpam eum praestare oportere Servius ait: ea sententia Publii Mucii est: nam in Licinia Gracchi uxore statuit, quod res dotales in ea seditione, in qua Gracchus occisus erat, perissent, quia Gracchi culpa ea seditio facta esset, Liciniae praestari oportere.

bb) L. 5 C. de iure dot. (5, 12) L. 10 pr. § 6 L. 14. 15 D. eodem (23, 3).

cc) L. 69 § 7 D. de iure dot. (23, 3) L. 21 C. eodem. (5, 12).

dd) L. 10 § 1. 2 L. 69 § 9 D. de iure dot. (23, 3) L. 7 § 12—14 D. sol. matr. (24, 3) L. un. § 9 C. de rei ux. act. (5, 13).

*dd**) [Ulp. VI, 10—12 Fragm. Vat. 105—107. Beschränkungen: 1) Cic. top. 4, 19 „Ab antecedentibus: si viri culpa factum est divortium, etsi mulier nuntium remisit, tamen pro liberis manere nihil oportet", 2) daselbst 4, 20 „A consequentibus: si mulier, cum fuisset nupta cum eo, quicum connubium non esset, nuntium remisit; quoniam qui nati sunt patrem non sequuntur, pro liberis manere nihil oportet." R.]

ee) L. un. § 3 C. de rei ux. act. (5, 13).

mögen zurückbehalten, als er zum Lebensunterhalt bedarf.[ff] — Alle diese Minderungen fallen weg bei der actio ex stipulatu, daher trat hier propter mores ein besonderes iudicium de moribus, die actio de moribus ein.[gg] Ferner wegen Verwendung im Fall der Scheidung eine stipulatio tribunicia.[hh] Die Zeit der Rückforderung war folgendermaßen bestimmt: Bestand die Dos aus fungiblen Sachen, so geschah sie in drei Fristen, jede von einem Jahr annua, bima, trima die, bei andern Sachen sogleich. In Beziehung darauf werden durch Wegfall oder Abkürzung auch die Mores des Mannes bestraft: fungible Sachen müssen propter mores maiores sogleich, propter minores nach sechs Monaten restituirt werden. Bei den andern Sachen wird er um eben so viel bestraft, als seine Verkürzung bei den fungiblen Sachen beträgt.[ii] Auch diese Frist fällt weg bei der actio ex stipulatu.

Justinian änderte dieses Recht der rei uxoriae actio in L. un. C. de rei uxoriae in ex stipulatu actionem transfusa et de natura dotibus praestita (5, 13).

Wenn nicht ein dritter Besteller der Dos sich dieselbe stipulirt hat, als recepticia, so soll stets die Frau und deren Erben sie zurückfordern können, nur vermöge ausdrücklicher Verabredung soll sie beim Mann bleiben. Die Dos profecticia kommt an den Vater, wenn der Tod der Frau die Ehe trennt, oder die Frau noch in der väterlichen Gewalt ist, hier sind Vater und Tochter zugleich die Betheiligten. Die Klage soll hier, wo die Dos an die Frau, ihre Erben oder den Vater kommt, immer dieselbe sein, es mag stipulirt sein oder nicht. Sie heißt actio ex stipulatu, weil die Vortheile dieser Klage auf sie übertragen sind, besser nennt man sie Dotalklage, da einmal der Name actio rei uxoriae abgeschafft ist. Ihr stehen keine retentiones mehr entgegen, eben so ist das edictum de alterutro aufgehoben. Die Zeit, nach welcher zurückgefordert werden kann, ist bei Grundstücken die Trennung der Ehe, bei andern Sachen ein Jahr nachher.

Die rechtlichen Vorschriften über die Dos können zum Theil abgeändert werden durch besondere Verabredungen, pacta dotalia, sowohl vor als während der Ehe. Sie sind ihrem Inhalt nach beschränkt, sie dürfen 1) nicht gegen das Wesen der Ehe streiten, z. B. darf dem Mann nicht das beneficium competentiae entzogen werden;[kk] 2) nicht gegen das Wesen der Dos, z. B. kann nicht die Restitution aller Früchte bedungen werden;[ll] 3) darf die Lage der Frau nicht verschlimmert werden, z. B. durch Verlängerung des Restitutionstermins, wenn die Dos an die Frau fällt.[mm]

CCXCIII. Wie dem Mann ein Beitrag gegeben wird zu den Lasten der Ehe, so kann er hinwiederum der Frau ihren Unterhalt sichern für die Zeit, wo er es nicht mehr im Stande wäre. Darauf ist ein besonderes Institut be-

---

ff) L. 12. 13. 21 D. sol. matr. (24, 3) L. 8 C. eod. (5, 18) L. 7 D. de castr. pec. (49, 17) L. un. § 7 C. de rei ux. act. (5, 13).

gg) Gai. IV 102 L. 5 pr. D. de pact. dot. (23, 4).

hh) Ulpian. VII 3: si maritus pro muliere se obligaverit vel in rem eius impenderit, divortio facto eo nomine cavere sibi solet stipulatione tribunicia. Die stipulatio tribunicia ist ein Beispiel für den Ersatz der Exceptio durch Sponsion. Gai. IV 108. [Sie bezieht sich aber nicht auf die Dos, sondern auf das Vermögen der Frau. R.]

ii) Ulp. VI 13.

kk) L. 14 § 1 D. sol. matr. (24, 3).

ll) L. 4 D. de pact. dot. (23, 4).

mm) L. 14—16 D. eodem.

rechnet, das in der vierten Periode entstand, donatio ante nuptias oder propter nuptias, ἀντίφερνα, Gegendos: [a]) eine Schenkung, die der Mann der Frau macht zu dem Zweck, daß sie und ihre Kinder ihren künftigen Unterhalt dadurch fänden. Es kann dabei ein dreifacher Fall gedacht werden: Verarmung überhaupt, Scheidung durch seine Schuld, Tod. Es ist nach dem Inhalt der Gesetze zweifelhaft, welcher Fall hauptsächlich dem Institute zu Grunde liegt, also Normalfall ist. Früher mußte sie vor der Ehe gegeben werden. Justinus erlaubte sie während der Ehe zu vermehren, Justinian endlich auch sie während der Ehe zu machen. [b]) Ja die Frau sollte einen rechtlichen Anspruch haben, wenn sie eine Dos eingebracht hat, auf eine gleiche Donatio propter Nuptias. — Der Mann bleibt in Genuß und Verwaltung während der Ehe, ohne Veräußerungsrecht, selbst nicht mit Einwilligung der Frau. Wird die Ehe durch den Tod der Frau oder Scheidung ohne Schuld des Mannes aufgehoben, so erlischt die Donatio propter Nuptias. Stirbt der Mann, so hat die Frau an sich nur ein Recht darauf, wenn Kinder vorhanden sind, und zwar den Nießbrauch. Sind keine Kinder da, nur wenn sie ihr ausdrücklich auch für diesen Fall bestimmt worden ist. [c])

CCXCIV. Bei der strengen Ehe sind keine Rechtsgeschäfte zwischen den Ehegatten möglich, wohl aber bei der freien, weil diese das Vermögen unverändert läßt. So namentlich Schenkungen unter Ehegatten. [a]) Diese Möglichkeit der Schenkungen könnte aber dem sittlichen Charakter der Ehe nachtheilig werden, es wäre unsittlich, die eheliche Liebe zum Erwerbszweig zu machen und der liebevollere würde übler daran sein als der liebloſere; besonders gefährlich wäre sie bei dem System der freien Scheidung. Wer etwas ihm von dem andern Geschenktes als ausschließlich sein betrachtet, hat nicht die rechte eheliche Gesinnung. Deshalb von Alters her das Verbot der Schenkungen unter Ehegatten. [b]) Sie sollen keine rechtliche Wirkung haben und zurückgefordert werden können. Ausgenommen von dem Verbote sind:

---

a) Cod. V 3: de donationibus ante nuptias et propter nuptias et sponsaliciis. Cod. Theod. III 5: de sponsalibus et ante nuptias donationibus.

b) § 3 Inst. de donat. (2, 7).

c) Nov. 22 c. 32. 33. Nov. 127 c. 3. [Das Princip der vollen Gemeinschaft des ehelichen Lebens fordert auch von Seiten des Mannes einen Beitrag zum Ehevermögen. Die Durchführung dieses legislativen Gedankens ist aber freilich sehr mangelhaft; eine Gabe ohne Genuß. Verwaltung und Veräußerung während der Ehe und ohne gesetzlichen Uebergang auf die Frau nach Trennung der Ehe ist ein sonderbares Geschenk. Indeß können über die Dos besondere Verträge geschlossen werden, nach welchen diese nach dem Tode der Frau dem Manne bleiben soll; dann gilt das gleiche Recht beim Tode des Mannes für die Frau, sie erhält eine doppelte Wittwenversorgung, die Dos nach gesetzlicher Regel, die Gegendos kraft autonomischer Verfügung. R.]

a) Paul. sent. II 23 Dig. XXIV 1 Cod. V 16: de donationibus inter virum et uxorem (et a parentibus in liberos factis) et de ratihabitione. Savigny System IV § 162—164.

b) L. 1. 2 D. de donat. inter vir. (24, 1): (Ulpian.) Moribus apud nos receptum est, ne inter virum et uxorem donationes valerent. hoc autem receptum est, ne mutuato amore invicem spoliarentur, donationibus non temperantes, sed profusa erga se facilitate: (2) (Paulus) nec esset eis studium liberos potius educendi. Sextus Caecilius et illam causam adiiciebat: quia saepe futurum esset, ut discuterentur matrimonia, si non donaret is, qui posset: atque ea ratione eventurum, ut venalicia essent matrimonia. [Die lex cincia erwähnt die Ehegatten und Verlobten noch unter den von ihrem Schenkungsverbot ausgenommenen Personen (Fragm. Vat. 302). Dieß könnte aber von den Fällen verstanden werden, in welchen Schenkungen unter Ehegatten ausnahmsweise erlaubt waren. Das eherechtliche Verbot dagegen verhält sich wie das interdictum fraudatorium zum possessorium. Wenn die

1) die mortis causa donationes, weil diese erst nach Auflösung der Ehe perfect werden;

2) jede andere Schenkung, wo der Schenker ohne Widerruf stirbt;

3) eine Schenkung divortii causa, wenn die Gatten consensu sich getrennt haben.[c]) Dieß war wahrscheinlich auch bei der strengen Ehe möglich.

Wenn die Frau in manu eine Entwendung gegen den Mann begeht, namentlich in Rücksicht auf eine bevorstehende Scheidung, so hatte der Mann an sich keine Klage, wie überhaupt nicht der Gewalthaber wegen eines Delicts während der Gewalt, wohl aber eine retentio propter res amotas. Daneben wurde ihm noch eine actio rerum amotarum gegeben, bei Entwendung in Rücksicht auf eine bevorstehende Scheidung, auf Ersatz.

Diese Bestimmungen wurden auch auf die freie Ehe angewendet, Entwendung während der Ehe wurde nicht als gewöhnliches Furtum betrachtet und keine actio furti gegeben. Der bestohlene Ehegatte hat 1) wegen Entwendung während der Ehe überhaupt die Vindication und condictio furtiva, 2) wenn die Entwendung in Rücksicht auf eine Scheidung geschehen ist, nach erfolgter Scheidung die actio rerum amotarum. So auch die Frau gegen den Mann, wenn dieser entwendet.[d])

Daß die Frau vorzüglich erwähnt wird, erklärt sich daraus, daß bei der strengen Ehe nur diese einen Diebstahl begehen konnte. Daher später die besondere Hervorhebung, daß auch der Mann Beklagter sein kann.

Elterliches und Kindesrecht.

CCXCV. Die Ehe hat die Wirkung, daß die darin Erzeugten einen Vater haben. Pater est quem nuptiae demonstrant.[a]) Dieß ist eine Präsumtion, die den Gegenbeweis nicht ausschließt.[b]) Sie hat aber auch gewisse Grenzen. Sie setzt voraus, 1) daß das Kind nicht früher geboren ist, als sechs Monate nach Eingehung der Ehe,[c]) 2) nicht später als zehn Monate nach ihrer Aufhebung. Das Letztere war sogar eine praesumtio iuris et de iure.[d])

Das Hauptrecht zwischen Eltern und Kindern war die Verbindlichkeit zur Alimentation. Ferner sind sie besonders ausgezeichnet beim Erbrecht.

Das Patronatrecht.[a])

CCXCVI. Wir finden schon im ältesten Recht ein Institut eigenthümlicher Art, ein Schirmverhältniß zwischen Patron und Clienten, das Patronatsverhältniß. Es ist ein wesentlich gegenseitiges Verhältniß mit Rechten und Pflichten, und kann entstehen durch freie Wahl, dieß ist die älteste Gestalt, welche im neuern Recht nicht mehr vorkommt. Die Clienten, von denen in der ältesten Geschichte die Rede ist, sind nicht als Freigelassene zu denken. Diese

---

Ehe getrennt ist und das Vermögen herausgegeben werden muß, so soll sich der verpflichtete Ehegatte nicht darauf berufen können, daß es ihm geschenkt sei, die Schenkung soll als erschlichen angesehen werden. R.]

c) Ulpian. VI 1.

d) Ulpian. VII 2 L. 1—3 L. 7 D. de act. rer. am. (25, 2).

a) L. 5 D. de in ius voc. (2, 4).

b) L. 6 D. de his, qui sui (1, 6).

c) L. 12 D. de statu hom. (1, 5).

d) L. 3 § 11. 12 D. de suis (38, 16). Gellius noct. att. III 16. Vgl. die Bestimmungen über die Wittwentrauer und das Eheverbot in 10 Monaten oben § 290.

a) Dig. XXXVII 14: de iure patronatus. [Glück-Leist Pandecten Serie der Bücher 37 und 38. IV. V (1879)].

Classe von Personen war überhaupt wohl nicht häufig im ältesten Rom, einmal weil bei der geringen Zahl von Sclaven auch die Freilassung nicht oft vorkam, dann weil der Kriegsgefangene, wenn er seine Freilassung sich verschaffte, selten in Rom blieb. Cicero erwähnt dieß ius adplicationis,[b] aber als ein ius ignotum atque obscurum, das fast außer Gebrauch gekommen sei.

Im neuern Recht entsteht das Patronatrecht durch Manumissio, als das Recht des Freilassers an der Person des Freigelassenen. Es ist natürlich, daß bei der späteren allgemeineren Entstehungsweise das Recht des Patrons sich mehr vordrängte. Unter den iura patronatus ist das wichtigste das Erbrecht des Patrons beim Tod des Freigelassenen (§ 304. 317). Beim Leben ist der Freigelassene dem Patron obsequium, Ehrfurcht schuldig, daher hat er nicht alle Klagen gegen denselben, z. B. nicht wegen Dolus, er kann ihn nicht ohne Erlaubniß des Prätors in Ius vociren, der Patron hat die Competenzeinrede, der Freigelassene ist ihm Alimente schuldig, wenn er verarmt.[c] Dienste und übliche Schenkungen, donum et munus (Geschenke bei bestimmten Gelegenheiten) können zwar nicht gefordert werden, sie werden aber wie eine natürliche Pflicht betrachtet; wenn der Freigelassene sie leistet, kann er sie sich nicht bezahlen lassen. Hinsichtlich der operae gilt dieß nur von den officiales, den gewöhnlichen, womit man seine Ergebenheit bezeigt, zu operae fabriles ist der Freigelassene nicht einmal natura verpflichtet.[d]

Um eine Klage auf Dienste zu haben, muß ein Versprechen von dem Freigelassenen geschehen sein, wozu eine bloße iurata promissio ohne Stipulation hinreicht (operas donum munus iuro me daturum).[e] Im Zweifel werden nur die operae officiales verstanden, diurnum officium. Nie dürfen es Sclavendienste sein. Das Maß ist nach billigem Ermessen und Verhältniß zu bestimmen, wenn nichts besonderes darüber festgesetzt ist.

Die Dienste dürfen nicht so groß und von solcher Beschaffenheit, noch mit solchen Nebenbestimmungen versehen sein, daß dadurch die Freigelassenen der Herrschaft des Patrons unterworfen bleiben. Dagegen gab zuerst der Prätor Rutilius die exceptio onerandae libertatis causa factorum,[f] ließ aber noch die Societas zu, d. h. die Verabredung der Theilung mit dem Patron, wenn der Freigelassene seinen Pflichten nicht nachkomme. Diese Bestimmung wurde in der Folge aufgehoben, dagegen das Erbrecht des Patrons erweitert.[g] Die Folge der Exceptio ist Verlust der bonorum possessio contra tabulas. Nach der Lex Papia wird der Libertus von verschiedenen Diensten befreit, wenn er zwei leibliche Kinder oder ein fünfjähriges in seiner Gewalt hat,[h] die Liberta, wenn sie mit Einwilligung des Patrons heirathet.[i]

Aufgehoben wird der Patronat:

1) durch natalium restitutio § 216;

2) durch Verzicht des Patrons nach justinianischem Recht, nach älterm nicht;[k]

---

b) Cic. de orat. I 39.

c) D. XXXVII 15: de obsequiis parentibus et patronis praestandis. L. 9 de agnosc. lib. (25, 3) L. 16 D. de re iud. (42, 1) § 38 Inst. (4, 6).

d) L. 26 § 12 D. de cond. indeb. (12, 6) L. 9 § 1 de op. (38, 1).

e) Cicero ad Att. VII 2 Gaii epit. II 9 § 4 L. 7 pr. D. de op. lib. (38, 1).

f) L. 1 § 5 sqq. D. quar. rer. a. non d. (44, 5).

g) L. 1 D. de bon. lib. (38, 2) L. 26 D. de operis lib. (38, 1).

h) L. 37 D. de operis lib. (38, 1).

i) L. 14. 28. 30 § 1 L. 48 D. eodem.

k) L. 3 de bonis lib. (6, 4).

3) durch Verwirkung von Seiten des Patrons, wenn er den Freigelassenen nicht alimentirt,[l]) ihn wegen eines Capitalverbrechens anklagt,[m]) Geld statt der Dienste verlangt, ihm das Versprechen abnimmt, nicht zu heirathen oder keine Kinder aufzuziehen ex lege aelia sentia.[n])

Dem Patronatrecht analog ist das Recht des Parens Manumissor, eben so auch das elterliche Verhältniß überhaupt in Bezug auf das Obsequium. Nur kann der Sohn dem Parens Manumissor keine operae versprechen, pietatem liberi parentibus non operas debent.[o])

Die Vormundschaft.[a])

CCXCVII. Es giebt Personen, die keiner Gewalt unterworfen sind, die also ein eigenes Vermögen haben, bei denen aber diese Selbständigkeit bedenklich ist entweder in ihrem Interesse, oder im Interesse ihrer Erben. Für solche ist das Institut der Vormundschaft eingesetzt worden, welches im ältesten Recht auch die Form einer Gewalt hat.

Impuberes und Mulieres waren nach Ius civile in ihrer Handlungsfähigkeit beschränkt (§ 202). Die ersteren sind es noch nach neuestem Recht. Wenn sie nun selbständig, keiner Potestas, Manus, Mancipium unterworfen sind, so hat das Civilrecht Fürsorge getroffen, ihnen jene mangelnde Handlungsfähigkeit zu ergänzen, um sie für den rechtlichen Verkehr fähig zu machen. Dieß geschieht dadurch, daß es sie einer andern Gewalt unterwirft. Diese Gewalt heißt tutela, Schirmrecht, die Impuberes in der Tutel pupilli, die Schirmenden tutores.

Die Tutela Mulierum ist ein Ius, sie konnte vindicirt und daher auch in iure cedirt werden,[b]) aber sie ist keine Potestas; Cicero wirft den Juristen vor: mulieres omnes propter infirmitatem consilii maiores in tutorum potestate esse voluerunt, hi invenerunt genera tutorum, quae potestate mulierum continerentur:[c]) gerade, daß solche Tutoren entstehen konnten, die abhängig von den Frauen sind, beweist, daß die tutela mulierum an sich den Charakter einer Potestas nicht hatte. Dagegen ist die tutela impuberum nach alter Ansicht eine Potestas an der Person. So in der Definition des Servius: tutela (nämlich impuberum) est ius ac potestas in capite libero (d. h. einem keiner jener drei Gewalten unterworfenen) ad tuendum eum, qui propter aetatem se defendere nequit, iure civili data ac permissa.[d]) Sie unterscheidet sich aber von jenen drei Gewalten dadurch, daß sie kein Familienverhältniß ist, daher auch Latinen unter Tutel stehen,[e]) und daß der in Tutel stehende nicht vermögenslos ist, ja die Tutel Vermögensfähigkeit voraussetzt. Die Potestas ist also nur die rechtliche Form und Begründung der Administrationsrechte, welche man sich nur in dieser Form denken konnte, und die Vormundschaft ist als ein Recht an dem Vermögen aufzufassen, daher auch die Analogie ihrer Entstehung

---

l) L. 5 § 1 D. de iure patronatus (37, 14) L. 6 § 1 D. de in ius voc. (2, 4).
m) L. 9 § 1 D. de iure patr. (37, 14).
n) L. 6 pr. § 4 D. eod. L. 24 D. de bonis lib. (38, 2).
o) L. 10 D. de obseq. (37, 15).
a) Gai. I 142—200 Ulpian. XI. XII Inst. I 13—26 Dig. XXVI. XXVII Cod. V 28—75. Rudorff das Recht der Vormundschaft 1832—1834.
b) Ulpian. XIX 11.
c) Cicero pro Murena c. 12.
d) L. 1 pr. D. tutelis (26, 1).
e) Gaius I 167. Vgl. Fragm. Vat. § 193. 221.

mit dem Erbrecht.[f]) Später fand man jene Begründung der Repräsentation und Administration nicht mehr nöthig. Wie man sich das Pfandrecht, das Commodatum und Depositum Anfangs nur unter der Form des Eigenthums zu denken vermochte, später aber Verpfändung, Commodatum und Depositum ohne Uebergang des Eigenthums zuließ, so hat man auch die Tutel ohne jenes ursprüngliche Gewand der Potestas im neuern Recht anerkannt.

Das Charakteristische der Tutel besteht in der Ergänzung der Handlungsfähigkeit. Dieß geschieht durch die Mitwirkung des Tutors bei den Handlungen des Pupillen, interpositio auctoritatis, wodurch der Tutor auctor fit, der natürlichen Handlung die Eigenschaft einer juristischen aufdrückt. Bei der Interposition der Auctoritas sind keine solennen Worte vorgeschrieben, sie kann auch durch stillschweigende Gegenwart des Tutors geschehen.[g]) Sie muß aber unbedingt sein,[h]) und der Tutor darf sie nicht in rem suam interponiren, bei einem Geschäft, in dem er selbst Partei ist.[i]) So bildet der Pupill erst mit seinem Tutor zusammen eine vollständige Person in Beziehung auf die Handlungsfähigkeit.

Dem Tutor kann auch die Verwaltung des Vermögens, administratio, übertragen sein. Dieß ist der gewöhnliche Fall, aber nicht wesentlich. So hat er sie nicht bei der Tutel über Frauenspersonen. Die Frau hat selbst die Administration, nur mit der Beschränkung, daß sie der Auctoritas bedarf, um gewisse Handlungen vorzunehmen.[k]) Bei Impuberes tritt zu dem Bedürfniß der Auctoritas auch noch das Bedürfniß einer Administration, zu der sie selbst ihres Alters wegen nicht geschickt sind. Beim Pupillen ist also eine doppelte Veranlassung zur Fürsorge: 1) Unfähigkeit zu gewissen Handlungen, diese wird ergänzt durch auctoritas tutoris, 2) Unfähigkeit zur Vermögensverwaltung gehoben durch administratio tutoris. Bei Frauen findet nur die erstere, nicht die letztere Statt.

Nun giebt es endlich Personen, bei denen das letztere Bedürfniß ist, nicht das erstere. So bei furiosi, denen die prodigi gleichgeachtet werden. Bei Furiosi ist keine Ergänzung der Handlungsfähigkeit denkbar, keine auctoritas tutoris, also auch kein Tutor, dessen wesentlicher Charakter gerade in jenem liegt. So sind ferner Puberes, die vollkommen handlungsfähig sind und bei denen also darum kein Tutor denkbar ist, doch auch vielleicht zur Verwaltung ungeschickt. Solchen Personen sind Verwalter des Vermögens beigesellt, wodurch ihnen die Administration entzogen wird. Diese Vermögensverwaltung heißt curatio, cura, der Verwalter curator. Auch diese wird in den Zwölf Tafeln eine Potestas genannt.[l]) Wahrscheinlich geschah eine Uebertragung des Vermögens an den Curator zum Behuf der Administration und Legis Actio. Dieß Recht hörte später auf.

Tutela und Cura sind im neusten Recht durchaus als ein öffentliches Institut zum Vortheil der Mündel betrachtet, es ist eine Fürsorge des gemeinen Wesens für diese Personen, die durch Aufstellung der Tutoren und Curatoren

---

f) L. 73 pr. D. de R. I. (50, 17) (Q. Mucius): quo tutela redit, eo hereditas pervenit, nisi cum feminae heredes intercedunt.

g) L. 9 § 6 D. de auct. tut. (26, 8).

h) L. 8 D. eodem.

i) L. 7 pr. D. eodem.

k) Gaius I 190. 191.

l) Rhet. ad Herenn. I 13 Cic. de inv. II 50: Lex est: si furiosus existit, agnatorum gentiliumque in eo pecuniaque eius potestas esto.

sich bethätigt. Dieß war der Gesichtspunkt schon in der dritten Periode.[m]) Früher war dieß anders, man betrachtete die Vormundschaft eben so sehr auch als ein Recht der Vormünder, gewisse Personen hatten einen gesetzlichen Anspruch auf die Tutel und Cura, namentlich die nächsten gesetzlichen Erben, die bei der Erhaltung des Vermögens interessirt waren.[n])

Tutela und Cura werden zusammengefaßt unter dem Begriff der Vormundschaft. Nach dem neuern Recht stellt sich der Begriff so: Vormundschaft ist das Verhältniß einer Person zu einer andern, vermöge dessen jene die Vermögensangelegenheiten dieser aus persönlichen Eigenschaften dazu untüchtigen unter öffentlicher Autorität und Fürsorge zu leiten hat. Dieß ist zugleich der Begriff der Cura, von der sich die Tutela durch das bei ihr hinzukommende Amt der Ergänzung der Handlungsfähigkeit unterscheidet; Curator ist der Vormund schlechtweg, Tutor der Vormund mit Auctoritas.[o]) Jene Cura heißt cura personarum, und hat in persönlichen Eigenschaften des Curanden ihren Grund, es giebt auch eine cura bonorum, Vermögensverwaltung, die aus andern als persönlichen Gründen angeordnet ist.[p])

CCXCVIII. Es giebt drei Gründe, die jemanden zum Tutor eines Impubes machen können (tutelam deferre).

1) Rechtsvorschrift, legitima tutela.

Die lex XII tabularum beruft gewisse Personen zur Tutel, tutores legitimi, die nächsten Erben, ihre Fähigkeit vorausgesetzt: bei Freigeborenen ist dieß der nächste Agnat,[a]) so lange er es bleibt.[b]) Bei Freigelassenen der Patron und dessen Kinder,[c]) doch nur der das quiritische Eigenthum am Sclaven hatte, wenn auch bloß das nudum, wo er weder Patron noch Erbe wurde.[d]) Auch der Manumissor aus dem Mancipium. Wenn vermöge Fiducia freigelassen ist, so wird er tutor fiduciarius, so auch seine Söhne.[e]) — Der Prätor modificirte das Erbrecht, nicht die Tutel, so daß diese nun theilweise nach einer andern Ordnung ging als das Erbrecht. — Justinian hat durch die Novelle

---

m) pr. Inst. de excus. (1, 25): tutelam et curam placuit publicum munus esse. L. 1 § 4 L. 18 § 1 D. de mun. (50, 4) L. 6 § 15 D. de excus. (27, 1).

n) Gaius I 172—192.

o) L. 19 D. de auct. tut. (26, 8): curatorem etiam impuberi dari posse, sed ad ea, quae sollennitatem iuris desiderant, tutore auctore opus esse. L. 17 § 1 D. de app. (49, 1).

p) L. 48 D. de adm. tut. (26, 7): inter bonorum ventrisque curatorem et inter curatorem furiosi itemque prodigi pupillive magna est differentia: quippe cum illis quidem plena rerum administratio, duobus autem superioribus sola custodia et rerum, quae deteriores futurae sunt, venditio committitur.

a) Gaius II 155—157. 164 § 1. 2 Inst. de legitima agnatorum tutela (1, 15).

b) Gaius I 158—163 § 1—5 Inst. de capitis deminutione (1, 16). [Bei den gentilicii, d. h. den Patriciern und denjenigen Plebejerfamilien, welche Gentilitätsrechte hatten, auch die Geschlechtsgenossen. Dieß scheint folgendes merkwürdige Zeugniß aus der Grabrede auf die Turia (Mommsen zwei Sepulcralreden aus der Zeit Auguſt's und Hadrian's Abh. der Akademie 1864 S. 460) Z. 21—24 zu ergeben: nec sub condicionem tutelae legitumae venturam, quoius per (*legem in te ius non*) esset, neque enim familia*(e)* gens ulla probari poterat, quae te id facere *(cogeret:)* nam etsi patris testamentum ruptum esset, tamen iis, qui intenderen*(t, non esse id)* ius, quia gentis eiusdem non essent. Vgl. die Auseinandersetzung daselbst S. 471 f. R.]

c) Gaius I 165 Ulpian. XI 3 Inst. I 17: de legitima patronorum tutela.

d) Gaius I 167: nam ita lege iunia cavetur. Ulpian. XI 19.

e) Gaius I 166 Ulpian. XI 5 Inst. I 18: de legitima parentum tutela. 19: de fiduciaria tutela.

118 das Erbrecht umgestaltet, darnach soll sich auch die Tutela legitima richten.[f] Eben so bei Freigelassenen hinsichtlich des Patrons. Die Tutela fiduciaria ist weggefallen, der Parens Manumissor ist schon Tutor als nächster Erbe. Ein Extraneus Manumissor ist nicht mehr möglich. — In alter Zeit wurde diese Tutel namentlich als ein Recht der Tutoren, der Agnaten betrachtet (§ 297 n), in ihrem Interesse angeordnet. Im neusten Recht ist auch sie nur eine Pflicht. Die nächsten Erben werden deshalb berufen, weil man annehmen kann, daß auch das Interesse des Pupillen dabei am besten bedacht wird.

2) Testamentarische Bestellung, tutela testamentaria.

Schon die Zwölf Tafeln geben dem Vater das Recht, seinen Sui Impuberes Tutoren im Testament zu bestellen.[g] Die testamentarische Tutel hat also drei Erfordernisse: Gewalt, Freiwerden durch den Tod, Unmündigkeit. Der Testator muß mit dem Tutor Testamentifactio haben, auch darf dieser kein Latinus Junianus sein.[h] Die Bestellung im Testament geschah nach altem Recht mit einer bestimmten Formel (tutorem do, tutor esto).[i] Die Sabinianer behaupteten, die Bestellung dürfe nicht vor der Erbeinsetzung geschehen, die Proculianer, auch vorher.[k] Auch in bestätigten Codicillen ist sie möglich.[l] Nicht aber für einen einzelnen Fall oder Geschäft, tutor testamentarius personae, non rei vel causae datur.[m]

Wenn an der Bestellung etwas fehlte, so war sie nach altem Recht ungültig, in der dritten Periode konnte eine unvollkommene Bestellung durch Confirmation der Obrigkeit gültig werden.[n] — Ein im Testament bestellter Tutor konnte die Tutel ausschlagen, wie etwas anderes im Testament hinterlassenes, auch in der Folge niederlegen, abdicare se tutela.[o] Dieß Recht wird im justinianischen Gesetzbuch nicht mehr erwähnt.

3) Obrigkeitliche Bestellung, tutela dativa.[p]

Nach ältestem Recht war es wohl Sache der Gens, in Ermangelung des Testaments und der Agnaten die Vormundschaft zu übernehmen, sie war dazu unstreitig gesetzlich berufen, wie zur Erbschaft. In der zweiten Periode wurde eine Bestellung durch die Obrigkeit eingeführt. Die datio tutoris aber liegt nicht in der Jurisdiction oder dem Imperium eines Magistrats, sie muß be-

---

f) Nov. 118 c. 4.

g) Ulpian. IX 14.

h) Gaius I 23 Ulpian. XI 6 Fragm. Vat. § 172.

i) Gaius I 149.

k) Gaius II 231 § 3 Inst. qui testamento (1, 14).

l) L. 3. 8 pr. 34 D. de testam. tut. (26, 2).

m) L. 12—15 D. eodem § 4 Inst. qui testamento tutores dari possunt (1, 14) Puchta kleine civil. Schriften 1851. S. 166 ff. (Dieß gilt aber nur von dem tutor testamentarius dativus, nicht dem optivus (§ 302 l). Gai. I 150: quo casu licet uxori (tutorem optare) vel in omnes res vel in unam forte aut duas: die Unmündigen und Töchter bedürfen der väterlichen Fürsorge überall, der Ehefrau konnte man eigene Einsicht zutrauen und deshalb freiern Raum gestatten. Seit dem Wegfall der Optivtutel fehlt es der Regel an einem rechten Gegensatze. Daher das Mißverständniß: sie unterscheide die testamentarische Tutel von den obrigkeitlichen Specialtutelen, wie der Verf. annimmt, oder gar, wie man früher meinte, die Tutel überhaupt von der Cura. Als ob die atilianischen Tutoren und die Curatoren, außer zum Proceß, nicht eben so gut generelle wären (§ 299 i. k) wie die testamentarischen Dativtutoren. R.]

n) § 5 Inst. de tutelis (1, 13).

o) Ulpian. XI 17.

p) Bei den römischen Juristen kommt tutela dativa noch nicht in diesem Sinne vor, tutores dativi heißen auch die testamentarischen L. 7 D. rem pupilli (46, 6) L. 5 C. de legit. tut. (5, 30).

sonders verliehen sein durch ein Gesetz,[q] so geschah dieß: 1) für den Prätor urbanus durch die Lex Atilia,[r] mit Zuziehung der maior pars tribunorum plebis, die sein Consilium in Vormundschaftssachen bilden sollen, tutor atilianus, 2) für den Präses Provinciae durch die Lex Julia und Titia,[s] 3) in der dritten Periode durch Constitutionen der Principes auch für andere Magistrate, so für den Consul,[t] auch hatte man besondere praetores tutelares.[u] Ferner bekamen die Datio die Municipalmagistrate.[v] Später wurden sie beschränkt auf geringeres Vermögen, nach Justinian 500 solidi.[w] Diese tutores atiliani u. s. f. sind fortwährende Tutoren. Daneben können aber auch Tutoren für einzelne Fälle oder Geschäfte durch die Obrigkeit bestellt werden, eben so wenn der Pupill schon einen Tutor hat, dieser aber verhindert ist, z. B. für Geschäfte mit dem Tutor, bei Abwesenheit desselben u. s. w., ein solcher hieß tutor praetorius.[x]

Das Verhältniß dieser Delationsgründe ist folgendes: Vor allen wird berufen der Tutor Testamentarius. Nachher der Legitimus; so lange es ungewiß ist, ob Tutela testamentaria eintreten wird oder nicht, so wird nicht der Legitimus berufen, sondern es tritt einstweilen eine Datio durch die Obrigkeit ein.[y] Fällt die Testamentaria Tutela weg, so tritt der Legitimus ein, den Fall ausgenommen, wo jene unter Mitwirkung der Obrigkeit weggefallen ist.[z] Sonst findet die datio nur Statt, wenn kein anderer Delationsgrund eintritt (tutorem habenti tutor non datur).[aa]

Die Tutel endigt sich 1) durch den Tod des Pupillen, 2) durch seine Mündigkeit, 3) durch Capitis Deminutio desselben. Durch diese Gründe wird alle Tutel über dieses Individuum aufgehoben; 4) durch den Tod des Tutors;

---

q) L. 6 § 2 D. de tutelis (26, 1): tutoris datio neque imperii est neque iurisdictionis, sed ei soli competit, cui nominatim hoc dedit vel lex vel senatusconsultum vel princeps.

r) Dirksen vermischte Schriften I (1841) 1.

s) Ulpian. XI 18. [In den formell souverainen Latinenmunicipien tritt bei der Geschlechtstutel die tutoris datio der Duovirn allein, bei der Pupillentutel der Duovirn nach Beschluß von zwei Drittheilen des Gemeinderaths ein. Die Voraussetzungen sind dieselben wie bei der atilianischen Tutel: cui tutor erit, incertusve erit und quo ne ab iusto tutore tutela abeat. Lex Flavia Salpens. c. 29. R.]

t) Sueton. Claud. 23: sanxit, ut pupillis extra ordinem tutores a consulibus darentur. Plin. IX ep. 13 Fragm. Vat. § 155.

u) Capitolin. Marc. 10: praetorem tutelarem primus fecit, cum antea a consulibus poscerentur, ut diligentius de tutoribus tractaretur. [Daß die Einsetzung in die Jahre 161—169 fällt und mit der Ernennung der Juridici für Vormundschafts- und Fideicommißsachen in Italien außer der urbica dioecesis (Tuscien und Campanien) Bd. I § 92 m zusammenhängt, wird jetzt zweifellos durch einen kürzlich in Concordia in Venetien gefundenen Stein, welchen der dortige Stadtrath seinem Patron, dem ersten Juridicus der Transpadana und ersten Tutelarprätor (iuridico per Italiam regionis transpadanae primo, fratri arvali, praetori cui primo iurisdictio pupillaris a sanctissimis imperatoribus mandata est) für dessen Fürsorge während der Hungersnoth 166 errichten ließ: Mommsen Verhandl. der sächs. Gesellschaft. 1852 S. 269. Vgl. A. W. Zumpt comm. epigr. II Num. I. 1854. Der scheinbare chronologische Widerspruch in fragm. vat. § 244 wurde daher mit Recht schon früher durch Unterscheidung dreier Rescripte gelöst, s. Rudorff Vormundschaft I S. 347. R.]

v) L. 3 D. de tut. dat. (26, 5).

w) § 4 Inst. de atil. tut. (1, 20).

x) Die einzelnen Fälle s. bei Gaius I 173—187.

y) L. 11 pr. D. de test. tut. (26, 2): sciendum est enim, quamdiu testamentaria speratur, legitimam cessare.

z) L. 11 § 1. 2 D. eodem.

aa) L. 27 pr. D. eodem. [Nämlich nach der lex atilia Gai. I 185—187, auf welche sich auch die im Text angeführte regula iuris allein bezieht. R.]

5) durch Capitis Deminutio magna desselben. Durch Minima hört nur die Legitima auf und nach neuestem Recht auch diese nicht mehr.[bb] 6) Durch Ausspruch der Obrigkeit, Deposition, indem sich der Vormund entweder excusirt, oder abgesetzt wird (excusatio, remotio), sobald ein anderer in seine Stelle ernannt ist. Bei der Mutter und Großmutter endigt die Tutel durch Secundae Nuptiae.[cc]

Der Wirkungskreis des Tutors ist ein dreifacher: 1) hat er Auctoritas zu interponiren. Sind mehrere Legitimi oder Dativi, so müssen alle zusammen, bei mehreren Testamentarii kann auch nur einer interponiren;[dd] 2) hat er die Administration; 3) die Fürsorge für die Person. Doch ist die Erziehung nicht dem Tutor überlassen, sondern die Obrigkeit bestimmt Ort und Art. Der Tutor ist hier nur mitwirkend.[ee]

CCXIC. Die Cura kann überall eintreten, wo jemand aus persönlichen Gründen seinen Angelegenheiten nicht vorzustehen vermag, und es daher Bedürfniß wird, die Administration seines Vermögens einem andern zu übertragen. Das Verhältniß des Curators unterscheidet sich von dem des Procurators darin, daß letzteres ein bloßes Privatverhältniß ist, das von dem Willen des Dominus abhängt. Die Cura dagegen ist ein munus publicum, der Curator ein öffentlich bestellter Verwalter, seine Geschäftsführung hängt weder in ihrer Dauer, noch in ihrer Art von der Willkür des Curanden ab. Vielmehr ist demselben die Administration entzogen und er wird in dieser Hinsicht unter die Direction des Curators gestellt, während der Procurator unter der Direction des Dominus steht.[a] Deshalb ist auch die Curatio nicht ein Verhältniß, das willkürlich überall anzuordnen ist, sondern ursprünglich nur wo Leges oder quod legis vicem obtinet es gestatten oder gebieten, später auch in gewissen andern Fällen nach Ermessen der Behörden. Alle Curatoren werden von der Obrigkeit bestellt.

Die einzelnen Fälle sind:

1) cura furiosi. Nach den Zwölf Tafeln wurden dazu die Agnaten und Gentilen des Furiosus berufen.[b] Dieß war also eine Cura legitima. Später geschah die Bestellung nur durch die Obrigkeit, die an jene Bestimmung nicht mehr gebunden war.

2) cura prodigi. Dieser geht ein bonis interdicere, eine Prodigalitätserklärung auf Antrag der Verwandten ꝛc. voraus.[c] Sie wird nach Analogie der Cura Furiosi behandelt und ist legitima, wenn der Prodigus Intestaterbe seines Vaters geworden ist, sonst bestellt den Curator der Prätor.[d] Nach neustem Recht geschieht dieß nur durch die Obrigkeit.[e]

---

bb) § 4 Inst. quib. mod. tut. in. (1, 22) L. 7 pr. D. de cap. min. (4, 5): tutelas etiam non amittit capitis minutio, exceptis his, quae in iure alieno positis personis (non: Haloander, vgl. Huschke im Rhein. Mus. VII 1, 3) deferuntur. [Vgl. M. Cohn Beiträge II (1880) S. 167 ff.] *cc*) Nov. 22 c. 38.

dd) Cic. pro Flacco c. 34 Ulpian. XI 26 L. 5 C. de auct. praest. (5, 59).

ee) L. 1 pr. § 6 D. ubi pup. (27, 2).

a) L. 3 C. de in int. (2, 21): cum non absimilis ei habeatur minor curatorem habens, cui a praetore curatore dato bonis interdictum est.

b) Ulpian. XII 2.

c) Paul. sent. III 4a § 7: moribus per praetorem bonis interdicitur hoc modo: quando tua bona paterna avitaque nequitia tua disperdis liberosque tuos ad egestatem perducis, ob eam rem tibi ea re commercioque interdico.

d) Ulpian. XII 3.

e) L. 1 pr. D. de cur. fur. (27, 10) § 3 Inst. de curat. (1, 23).

3) cura minorum. Die Cura Prodigi und Furiosi genügte nur in den ältesten Zeiten. Später, als die Einfachheit der Sitten aufhörte, die Jugend mit der Ueppigkeit des Auslandes vertraut ward, wurde eine weitere Fürsorge Bedürfniß, damit die den Minderjährigen zustehende Handlungsfähigkeit nicht ihren Ruin herbeiführte. Bis ein Jüngling den Grad von Verschwendung erreichte, um damals als Prodigus zu erscheinen, konnte er schon den größten Theil seiner Güter verschwendet haben. Diesem Bedürfniß sollte die Lex Plätoria abhelfen, die wahrscheinlich um die Mitte des sechsten Jahrhunderts der Stadt gegeben war; Plautus, welcher 571 starb, erwähnt sie öfters, wie es scheint, als ein nicht sehr altes Gesetz.[f] Schon oben (§ 202) ist erwähnt worden, daß dieses Gesetz die minores xxv annis gegen Uebervortheilung in Schutz nahm.[g] So enthielt es auch die Bestimmung, daß die Minderjährigen certis ex causis einen Curator erhalten sollten.[h] Ob hierunter fortdauernde Curatoren zu verstehen sind, oder nur für einzelne Fälle, ist ungewiß. Marc Aurel verordnete, daß alle Minores auf ihr Gesuch, ohne bestimmte causa, einen Curator erhalten sollten.[i] Den Minderjährigen wird kein Curator gegeben wider ihren Willen, inviti non accipiunt curatorem; ausgenommen sind gewisse Fälle, wo ein anderer das Recht hat, es zu verlangen, so in litem, ferner der Schuldner, der zahlen will.[k]

4) cura ex aliis causis. Personen, die aus andern Gründen an der Verwaltung ihres Vermögens gehindert sind, z. B. bresthafte Personen, Impuberes, deren Tutoren verhindert sind ꝛc.[l] Diese Cura tritt nur ein nach vorhergegangener causae cognitio.

Die Cura endigt in der Person des Curators wie die Tutel. In der Person des Curanden durch Capitis Deminutio, Wegfall der causa, bei der Cura Furiosi durch Genesung, bei der Cura Prodigi durch Besserung,[m] bei der Cura Minorum durch das Alter von 25 Jahren, auch venia aetatis, schon in der dritten Periode.[n] Constantin bestimmte gesetzlich die Erfordernisse, ohne welche die Concession ungültig sein sollte; ein Alter von 18—20 Jahren und gute Aufführung.[o]

---

f) Plautus Pseudol. I 3, 69: Perii an non tum lex me perdit quina vicenaria? Rudens V 4, 24: cedo quicum habeam iudicem, ni dolo malo instipulatus sis nive etiam dum siem quinque et viginti natus annos.

g) Savigny über den Schutz der Minderjährigen im Röm. Recht. 1833. (Verm. Schriften II S. 321 f.)

h) Capitolin. Marc. c. 10: de curatoribus vero, cum antea nonnisi ex lege Plaetoria vel propter lasciviam vel propter dementiam darentur, ita statuit, ut omnes adulti curatores acciperent non redditis causis. [Vgl. A. Pernice Labeo I (1873) S. 227 ff. Huschke Zeitschrift für Rechtsgeschichte XIII (1878) S. 331 ff.]

i) Gaius I 197. 198. Die certae causae können wir uns nur als solche denken, die in besonderen Verhältnissen ihren Grund haben, damit auch vorübergehend sind. Wahrscheinlich heißt certis ex causis: die einzelnen Fälle sind der Grund und zugleich die Grenze der Cura. Marc Aurel dagegen sagt: die causa soll sein die minor aetas, also ein fortdauernder Grund, daher auch eine fortdauernde Cura.

k) § 2 Inst. de curat. (1, 23): item inviti adolescentes curatores non accipient, praeterquam in litem, curator enim et ad certam causam dari potest (d. h. durch Marc Aurel ist die Möglichkeit einer vorübergehenden Cura nicht ausgeschlossen). L. 7 § 2 D. min. (4, 4).

l) § 4. 5 Inst. de cur. (1, 23) Paul. IV 12, 9: caeco curator dari non potest, quia ipse sibi procuratorem instituere potest.

m) L. 1 pr. D. de cur. fur. (27, 10): tamdiu erunt ambo in curatione, quamdiu vel furiosus sanitatem vel ille sanos mores receperit: quod si evenerit, ipso iure desinunt esse in potestate curatorum.

n) L. 1 § 3 L. 2. 3 pr. D. de min. (4, 4).

o) L. 1 C. Th. = L. 2 C. de his, qui veniam (2, 45).

Der Wirkungskreis des Curators umfaßt: 1) die Administration, 2) die persönliche Fürsorge, wenn sie nothwendig ist, z. B. beim Furiosus.[p]) Der Curator kann keine Auctoritas interponiren, sondern nur seinen Consens geben, der ein Theil der Administration ist.

CCC. Die Tutoren der Impuberes und die Curatoren haben die Administration des Vermögens der Mündel, welche daher diesen entzogen ist. Zu der Administration, also zu dem Amt des Vormunds, gehört auch die Entscheidung über die Vornahme solcher Rechtsgeschäfte, welche eine Verminderung des Vermögens zur Folge haben können, also Veräußerungs- und Verpflichtungsgeschäfte. Das Rechtsgeschäft kann 1) von dem Vormund selbst statt des Mündels vorgenommen werden, so namentlich Veräußerungen (wenn er sie vermöge der Administration vorzunehmen im Stande ist),[a]) andere Rechtsgeschäfte, sofern sie eine Repräsentation zulassen, 2) von dem Mündel: bei einem Impubes mit Auctoritas, bei einem Curanden, der vollkommen handlungsfähig ist, ohne eine ergänzende Mitwirkung des Curators, nur jene Entscheidung vorausgesetzt, die hier Consensus heißt. Dieser ist keine förmliche Handlung, er kann abwesend, vor- oder nachher gegeben werden.

Wo mehrere Vormünder sind, kann Einem vornehmlich die Administration übertragen sein, dieser heißt tutor gerens, die andern, welche die Aufsicht über diesen, also keine unmittelbare Administration haben, tutores honorarii. Mehrere gerentes können in verschiedenem Verhältniß zu dem Vermögen stehen. Es kann nach Provinzen oder Geschäftszweigen unter sie vertheilt sein, tutela divisa, wodurch jeder für das Ressort des andern in das Verhältniß eines honorarius tritt.[b])

Durch die Administration steht der Vormund in einem obligatorischen Verhältniß zum Mündel. Er hat die Verbindlichkeit zu ordentlicher Verwaltung, wie der Mündel selbst als bonus paterfamilias sie führen würde,[c]) doch haftet er nur wegen Versäumniß der diligentia in suis rebus, weil die Vormundschaft nichts freiwilliges ist.[d]) Am Ende seiner Amtsführung muß der Vormund das Vermögen herausgeben und Rechnung ablegen. Auf alles dieß geht am Ende der Vormundschaft die tutelae actio, welche bei der Cura als utilis gegeben wird.[e]) Sie ist eine famosa actio.[f]) Der Vormund hat wegen seiner Gegenansprüche eine actio contraria.[g])

---

p) L. 7 pr. D. de cur. fur. (27, 10).

a) L. 12. 17 D. de cur. fur. (27, 10) L. 12 § 3 D. de adm. tut. (26, 7).

b) L. 2 C. de div. tut. (5, 52).

c) L. 10 D. de adm. tut. (26, 7).

d) L. 1 pr. D. de tutelae (27, 3).

e) L. 2 C. de hered. tut. (5, 54).

f) Cic. de or. I 37 pro Caec. c. 3 pro Rosc. com. c. 6 top. c. 10. [Daher ist sie der Gefahr der Pluspetition unterworfen, wenn nicht die sogleich zu erwähnende Zwölftafelklage de perfidia gemeint ist Cic. de orat. I 167 und gegen die Erben des Tutors nur in der beschränkten Weise zulässig, in welcher die entehrenden Geschäftsklagen überhaupt passiv vererblich sind. Wegen Unterschlagung fand eine zweite Klage, und zwar actio in duplum de perfidia, statt, die actio de rationibus distrahendis, welche aber ebenfalls in eine concurrirende Geschäftsklage übergegangen ist Cic. de off. III 61 L. 1 § 19—24. L. 2 D. de tutelae (27, 3 L. 55 § 1 D. de adm. tut. (26, 7). Wegen der Verantwortlichkeit des Vormundes hat noch Quintilian VII 4. 35 seltsame Bedenken (tutelae praeterea: in quo iudicio solet quaeri, an alia de re quam de calculis cognosci oporteat, an fidem praestare debeat tantum, non etiam consilium et eventum), als selbständiger Vertreter des Mündels prästirt er aber nur diligentia in suis rebus L. 33 pr. de adm. tut. (26, 7) L. 1 pr. D. de tutelae (27, 3) L. 7 C. arb. tut. (5, 51) Nov. 72 c. 8. R.]

g) L. 1 pr. D. de contr. tut. (27, 4).

Wenn jemand gerirt, ohne wirklich Tutor zu sein, so ist seine Auctoritas natürlich ungültig auch bei Veräußerungen,[h] aber er wird dadurch nicht von der Haftung befreit, sondern gerade so wie ein Vormund betrachtet[i] und gegen ihn die protutelae actio gegeben.[k]

Der Mündel wird gesichert gegen die Möglichkeit einer pflichtwidrigen Verwaltung:

1) durch die Möglichkeit der remotio. Schon die Zwölf Tafeln gaben eine Anklage gegen einen untreuen oder nachlässigen Vormund, suspecti crimen oder postulatio, eine quasi publica accusatio.[l] Zur Anstellung derselben sind die Contutoren verpflichtet. Auch die Obrigkeit kann ex officio einschreiten.[m] Die Remotion geschieht entweder cum infamia, wegen Untreue oder culpa lata, oder wegen Untüchtigkeit sine infamia.[n]

2) durch Beschränkung der Administrationsbefugnisse. In der Administration liegt das Veräußerungsrecht (mit Ausnahme der Schenkung), welches nach älterem Recht unbeschränkt war. Ein Senatusconsult unter Severus 195 setzte fest: keine Veräußerung der praedia rustica und suburbana (also Grundstücke, die nicht bloß städtische Gebäude) solle möglich sein ohne Decret des Prätor urbanus nach vorausgegangener causae cognitio und Nachweisung der Nothwendigkeit. Ausgenommen waren in dem Senatusconsult nur die Fälle, wo der Vater die Veräußerung im letzten Willen erlaubt oder ein anderer das Recht sie zu verlangen hatte.[o] Später wurde diese Bestimmung ausgedehnt auf Sclaven eines Prädium rusticum, und Constantin stellte alle Sachen von Bedeutung und Werth darunter, mit Ausnahme der nicht ohne Nachtheil aufzubewahrenden.[p] Justinian verbot auch die Annahme von Zahlungen ohne Decret, jedoch mit mehrern Ausnahmen.[q]

3) durch Satisdation des Vormunds. Dieser mußte Caution durch Bürgen leisten, rem pupilli salvam fore. Ausgenommen von der Verbindlichkeit zur Satisdation sind 1) der tutor testamento datus,[r] 2) ob der Patron und seine Söhne, ist unter den Juristen streitig. Die herrschende Ansicht war: es sei auf die individuellen Verhältnisse zu sehen (Stand des Patrons, Größe des Vermögens);[s] 3) die von einem höheren Magistrat, nicht von Municipalmagistraten ex inquisitione gegebenen.[t] Wenn von mehreren Befreiten einer die Caution anbietet, so soll dieser zum Gerens gemacht werden.[u]

4) durch eine gesetzliche Hypothek an allen Sachen des Vormunds. Wann diese eingeführt worden, ist unbekannt. Schon unter Constantin war dieß Rechtens.[v]

5) durch Haftung anderer Personen für den Vormund. Außer den

---

h) L. 2 D. de eo, qui pro tut. (27, 5).
i) L. 4 D. eodem.
k) L. 1 pr. D. eodem.
l) Cic. de off. III 15 L. 1 § 2 D. susp. tut. (26, 10).
m) L. 3 § 4. 12 L. 12 D. eodem.
n) L. 9 C. de susp. tut. (5, 32) § 6 Inst. eod. (1, 26).
o) L. 1 D. de rebus eorum, qui sub tut. (27, 9).
p) L. 22 C. de adm. tut. (5, 37).
q) L. 25 C. de adm. tut. (5, 37) § 2 Inst. quib. al. (2, 8).
r) Gaius II 200 pr. Inst. de satisd. tut. (1, 24).
s) L. 5 § 1 D. de leg. tut. (26, 4).
t) Gaius I 199. 200.
u) L. 19 D. de test. tut. (26, 2).
v) L. 20 C. de adm. tut. (5, 37).

Bürgen haften in subsidium die Affirmatores, die bei der Inquisition die Tüchtigkeit des Vormunds bezeugt und sich eben dadurch verbürgt haben. Ferner die Nominatores, welche den Vormund in Vorschlag gebracht haben. Diese kommen in zweierlei Art vor: a) bei der petitio tutoris. Wenn der Pupill keinen Vormund hat, kann jeder einen erbitten oder vorschlagen. Gewisse Personen sind dazu verpflichtet, so die Mutter und sonstige Intestaterben bei Verlust ihres Intestatrechts, wenn der Pupill in der Unmündigkeit verstirbt.[w]) Auch der Libertus bei arbiträrer Geldstrafe.[x]) b) Bei der Excusation durch nominatio potioris. Wenn jemand von einem Magistrat zum Vormund bestellt war, so konnte dieser einen Näherstehenden vorschlagen, einen potior in Beziehung auf persönliche Verbindung mit dem Pupillen. Dieß Recht hatte nicht der Libertus. Es wurde beschränkt durch eine Oratio des Severus (weil oft viel Zeit damit verbracht wurde): nicht berechtigt zur nominatio sollen sein 1) Collegen des Vaters oder Pupillen, 2) Verwandte innerhalb des von der Lex Julia und Papia ausgenommenen Grades, 3) andere Verwandte und Befreundete können nur die unter 1) und 2) aufgeführten nominiren, 4) bloße vicinitas ist kein Grund.[y]) Die ganze Nominatio hat Justinian aufgehoben.

Endlich haften noch die Municipalmagistrate, wenn sie bei der Satisdation etwas versehen haben, nach einem Senatusconsult Trajan's. Nach einer Constitution des D. Pius auch ihre Erben,[z]) nie aber höhere Magistrate.

CCCI. Unfähig zur Vormundschaft sind:

1) Frauenspersonen. In der dritten Periode wurden öfters Mutter und Großmutter durch besondere Concession zugelassen. Dieß wurde im justinianischen Recht allgemeiner Rechtssatz, sofern sie nicht zur zweiten Ehe schreiten.[a])

2) Sclaven.

3) Peregrinen (Latinen sind fähig).[b])

Nur diese Personen waren nach älterem Recht ipso iure unfähig. Auf die persönliche Untüchtigkeit zur Führung der Vormundschaft wurde nicht gesehen, was sich aus der Ansicht des ältesten Rechts erklärt, daß die Vormundschaft ein Recht sei. Daher konnten Unmündige, Wahnsinnige, Stumme und Taube, Abwesende, wenn sie durch Lex oder Testament berufen waren, Vormünder werden. Nur kann dann bei solcher Verhinderung für gewisse einzelne Fälle ein Vormund erbeten werden.

Dieß änderte sich mit jener Ansicht von der Vormundschaft und es traten folgende Regeln ein: 1) die von der Obrigkeit bestellten Vormünder wurden immer und von jeher aus dem Gesichtspunkt betrachtet, daß ihnen die Vormundschaft nicht als ein Recht, sondern im Interesse des Mündels gegeben werde. Daher galt für diese Bestellung der Grundsatz, daß nur solche gewählt wurden, bei denen die Angelegenheiten des Mündels gut berathen und die für die Führung wirklich geschickt waren. Daher nicht muti, surdi, furiosi, impuberes, ferner nicht solche, die die Eltern verbeten hatten,[c]) die sich dazu

---

w) L. 2 § 2 D. qui petant (26, 6).
x) L. 2 § 1 eodem.
y) Fragm. Vat. § 158 Paul. sent. II 29: qui potiores nominare non possint.
z) L. 5 C. (5, 75) L. 6 D. de magistrat. conv. (27, 8).
a) L. 2 C. quando mul. (5, 35) (Theodosius) Nov. 118 c. 5.
b) Ulpian XI 16 Fragm. Vat. 193.
c) L. un. C. si contra matris ult. vol. (5, 47).

drängen,[d] nicht der Bräutigam für die Braut.[e] 2) Die Obrigkeit soll solche untüchtige Vormünder, wenn sie durch Testament oder Lex berufen sind, entfernen können.[f]

Justinian endlich setzte noch einige Personen hinzu, welche ipso iure unfähig sein sollen: Minderjährige,[g] Soldaten, Bischöfe, Mönche.[h] Ferner sollen Gläubiger und Schuldner des Pupillen nicht zur Vormundschaft gelassen werden.[i]

Die Vormundschaft ist ein munus civile, ihre Uebernahme eine Pflicht. Doch giebt es Gründe der Befreiung, excusationes, großentheils dieselben wie bei sonstigen munera personalia; z. B. kann sich entschuldigen, wer 3, 4, 5 Kinder hat,[k] senatores magistratus, grammatici, sophistae, rhetores, legum doctores in Rom,[l] medici, Freigeborne hinsichtlich der Freigelassenen ꝛc.[m] Aber auch außerdem gab es noch viele Gründe, so Unkunde des Lesens und Schreibens,[n] paupertas,[o] tria onera tutelae,[p] wer die Tutel geführt hat, kann sich von der Cura excusiren ꝛc.[q] Man hatte eine Unzahl solcher Excusationen theils im vorjustinianischen, theils noch im justinianischen Recht, die einzelnen Fälle sind namentlich im Titel der Vaticanischen Fragmente de excusationibus in sehr großer Zahl angegeben. Diese Excusationsgründe sind theils solche, die gegen eine deferirte Vormundschaft, theils gegen eine schon übernommene gelten.[r]

CCCII. Das älteste Recht gestattet den Frauen nicht die freie, selbständige Stellung wie den Männern, eine Unterscheidung, die in der That der Natur selbst gemäß ist. Eine vollkommene Selbständigkeit der Frauen ist immer etwas dem natürlichen Sinn Zuwideres, der weiblichen Natur Unangemessenes. Am anschaulichsten tritt dieß hervor im öffentlichen Recht, die Frauen können darin nicht activ werden, nicht minder im ältesten Privatrecht vor seiner Trennung von jenem. Aber auch nachdem der Riß zwischen öffentlichem und Privatrecht eingetreten war, blieb immer das Bestreben, die Selbständigkeit der Frauen zurückzudrängen.[a]

Ist die Frau nicht unter Potestas oder Manus, so soll sie lebenslänglich unter der Gewalt von Tutoren stehen. Sie soll beschränkt sein in der Handlungsfähigkeit, wie Impuberes, nur mit Ausnahme der Veräußerung von res nec mancipi,[b] unfähig zu Handlungen des Jus civile, zur Veräußerung von

---

d) L. 21 § 6 D. de tut. dat. (26, 5).
e) L. 14 D. de cur. fur. (27, 10) L. 2 C. qui dare (5, 34).
f) L. 10 § 1 D. de legit. tut. (26, 4).
g) L. 5 C. de leg. tut. (5, 30) § 13 Inst. de excus. (1, 25).
h) L. 52 C. de ep. et cler. (1, 3) Nov. 123 c. 5.
i) Nov. 72 c. 1 Nov. 99 c. 1.
k) L. 1 C. qui numero lib. (5, 66) Fragm. Vat. § 247.
l) Fragm. Vat. § 160 L. 6 § 12 D. de excus. (27, 1).
m) L. 27 § 1 D. de tut. dat. (26, 5) L. 1 § 4 D. de excus. (27, 1).
n) § 8 Inst. de excus. (1, 25).
o) Fragm. Vat. § 240 L. 7 D. de excus. (27, 1).
p) Fragm. Vat. § 125 L. un. C. qui numero tut. (5, 69).
q) Fragm. Vat. § 188—200 Paul. II 27. 2 § 18 Inst. de excus. (1, 25.)
r) L. 15 pr. D. de excus. (27, 1) L. 11 § 2 D. de min. (4, 4).
a) Cato für die Lex Oppia bei Livius XXXIV 2: maiores nostri nullam ne privatam quidem rem agere feminas sine auctore voluerunt, in manu esse parentum, fratrum, virorum. nos (si Diis placet) iam etiam rem publicam capere eas patimur et foro prope et concionibus et comitiis immiscere.
b) Gaius II 80—86.

res mancipi, zur Verpflichtung ohne die Auctoritas.[c]) Diese Tutel ist von dem Gesetz den Agnaten gegeben, bei einer Freigelassenen aus der Sclaverei dem Patron, bei der aus dem Mancipium Freigelassenen dem Manumissor.[d]) Diese Tutel bestand nicht im Interesse der Frauen, sondern im Interesse theils der Agnaten und nächsten Erben, um diesen das Vermögen zu erhalten, theils der guten Sitte, welche das untergeordnete Verhältniß des weiblichen Geschlechts verlangt.[e])

Aber die Römer gingen nicht weiter als dieses Princip forderte, sie waren weit entfernt, die Frauen nach der Weise orientalischer Völker herabzuwürdigen. Die Tutores Mulierum haben keine Administration, diese steht den Frauen selbst zu, daher giebt es kein tutelae iudicium,[f]) bloß Auctoritas in obigen Fällen, auch diese nicht zu Handlungen des Jus Gentium, denn diese Tutel ist iuris civilis, ausgenommen zu Verpflichtungen. Tutores legitimi können nicht zur Auctoritas gezwungen werden, später geschah dieß ex magna causa.[g]) Die Legitimi können durch In Jure Cessio die Tutel übertragen, tutor cessicius.[h]) — Ausgenommen von der Tutel sind die Virgines Vestales, durch die Lex Julia und Papia auch die Frauen, welche das Jus Liberorum hatten, eine Ingenua mit drei, eine Libertina mit vier Kindern.[i])

In der zweiten Periode wurde die altrömische Sitte laxer. Wie die Frauen die strenge Ehe flohen, um ihr Vermögen in ihrer Gewalt zu behalten, so suchten sie auch der Legitima Tutela zu entgehen. Wenn sie andere Tutoren erhielten, so war die Tutel keine Last mehr, denn diese hatten kein Interesse und konnten gezwungen werden, ihre Auctoritas zu interponiren. Diese Umgehung der Legitima Tutela konnte auf mehrfache Weise geschehen:

1) Der Vater konnte ihnen einen Testamentarius Tutor bestellen, der über die Unmündigkeit hinaus blieb.[k]) So lange dieser lebte, war der Legitimus ausgeschlossen.

2) Dasselbe Recht hatte der Ehemann vermöge der Manus. Hier gab es noch etwas vortheilhafteres, der Ehemann konnte der Frau die tutoris optio geben, die Erlaubniß, sich selbst einen Tutor zu wählen. Diese hieß optio plena, wenn sie so oft wählen konnte, als sie einen Tutor bedurfte, angusta, wenn nur bestimmte Male. Die von der Frau gewählten Tutoren hießen tutores optivi, im Gegensatz der vom Testator unmittelbar ernannten dativi.[l])

3) Die Frau konnte sich von der Agnatentutel befreien durch coëmtio cum extraneo fiduciae causa. Dieser wurde dann Tutor Fiduciarius, darum wählte man kinderlose Greise.[m]) Jene Coëmtio setzt allerdings die Auctoritas des bis-

---

c) Ulpian XI 27.

d) Ulpian XI 3. 5.

e) Gaius I 189. 190. [Von diesem praktischen Standpunkt aus unterschied Labeo nur zwei genera tutelarum: die legitima tutela und die alterius generis tutores Gaius I 188 II 122. R.]

f) Gaius I 191.

g) Gaius I 192.

h) Gaius I 168—172. Ulpian. XI 6—8. [v. Scheurl Beitr. (1854) No. 13.]

i) Gaius I 115. 145. 194. [Die legitima parentum und agnatorum tutela fällt weg, weil die Virgo Vestalis ohne Capitis Deminutio aus der Familie ausscheidet (§ 284 c.) Eine andere Tutel tritt nicht ein, um ihr die Zuwendungen an ihre ehemalige Familie, durch welche diese allein von ihr erwerben konnte (§ 304 m § 307 g § 308 u) möglichst zu erleichtern. R.]

k) Gaius I 144. 145.

l) Gaius I 150—154.

m) Cicero pro Mur. c. 12 ad fam. II 19 top. 4. [Dazu Hoffmann in der Zeitschr. für gesch. Rechtsw. III 9 Savigny das. III 10 (1817)].

herigen Tutors voraus, sie konnte daher nur geschehen, wenn die Frau etwa einen Tutor Dativus oder auch sonst einen nachgiebigen Agnaten hatte (§ 285 g).

4) Durch Leges waren für einzelne Fälle Tutoren versprochen, wenn der Legitimus verhindert war, z. B. dotis constituendae causa ex lege iulia et papia, wenn der Legitimus unmündig, ferner durch ein Senatusconsult ad adeundam hereditatem.[n]) Auch die Lex Atilia bezog sich zugleich auf die Tutela Mulierum,[o]) sie ordnete indeß nur Vormünder in gänzlicher Ermangelung aller andern an.

Die Bedeutung dieser Tutoren bestand 1) in der Ausschließung der Legitimi, 2) darin, daß sie doch Berather der Frau waren, wenn sie auch ihre Auctoritas nicht versagen konnten.

Durch die Lex Claudia wurde die Tutel der Agnaten über die Frauen ganz aufgehoben. Als Legitima Tutela blieb nur noch bestehen die des Patrons und des Parens Manumissor aus dem Mancipium. Außerdem gab es nur testamentarische und von der Obrigkeit gegebene.[p])

Gaius sagt, es sei kein vernünftiger Grund vorhanden, daß die Tutel überhaupt gelassen worden sei, da man den Hauptfall aufgehoben habe. Allerdings der erste Grund ihrer Bedeutung ist weggefallen, aber der zweite noch geblieben.

In der vierten Periode ist die Tutela Mulierum untergegangen. Wann? ist nicht genau zu ermitteln. Sie wird noch in einem Edict Diocletian's erwähnt.[q]) Im Codex Theodosianus findet sich keine Spur mehr, ebenso wenig in der justinianischen Gesetzgebung.

---

n) Gaius I 173—181.

o) Ulpian. XI 18.

p) Gaius I 157. 171. 172.

q) Fragm. Vat. § 325: mulier quidem facere procuratorem sine tutoris auctoritate non prohibetur. (Diocletian und Constantius a. 293). [Valentinian II erklärt 390 die Mutter fähig, die Vormundschaft über ihre Kinder zu führen L. 4 C. Th. de tut. et cur. (3, 17) L. 2 C. quando mul. (5, 35), dieß setzt die Aufhebung der tutela mulierum voraus. Diese fällt also zwischen Diocletian und Valentinian. In einer Urkunde aus der Zeit Constantius II vom Jahre 354 kommt der Ehemann noch als Auctor zu einem Manumissionsact vor, den die Frau vornimmt. Schmidt Forschungen auf dem Gebiete des Alterthums I 1842. S. 298—302. Dieß ist aber nur die peregrinische Quasitutel Gai. I 193, welche in den Provinzen nach Verleihung der Civität durch Caracalla noch fortbestand. R.]

Elftes Kapitel.

Von dem Erbrecht.

Grundbegriffe.

CCCIII. Wenn eine Person stirbt, so müßte natürlich betrachtet ihr Vermögen aufhören dieses zu sein; denn Vermögen ohne Person ist nicht zu denken, fällt also der Berechtigte weg, so existiren die Rechte nicht mehr. Aber im Recht ist etwas anderes festgesetzt, es tritt eine successio per universitatem, ein Uebergang des Vermögens als solchen ein. Das Vermögen wird also noch nach dem Tod als fortdauernd gedacht, also auch die Persönlichkeit des Verstorbenen als juristische in seinem Vermögen. Hereditas defuncti locum sustinet.[a] Diese Succession heißt Erbfolge, der Verstorbene Erblasser, das Vermögen Erbschaft, der Successor Erbe, heres. Der Erbe tritt in die Vermögensrechte des Erblassers ein, so weit diese nicht an die natürliche Person geknüpft sind, er wird Eigenthümer, Gläubiger, Schuldner, wo der Erblasser es war. Dieß geschieht vermöge eines Rechts an dem Vermögen, als universitas; dieß Recht heißt Erbrecht, hereditas, hereditas est successio in universum ius, quod defunctus habuit.[b] Eine Succession in das Vermögen als Ganzes ist nicht nothwendig; der Erben können mehrere angeordnet, es kann ein Theil des Vermögens auf Vermächtnisse verwendet sein. Ein Recht an einem Vermögen setzt ein Recht an der Person, die Subject desselben ist, voraus. Das Subject ist noch immer der Erblasser, dessen Person als juristische in dem Vermögen fortgedacht wird, die der Erbe als solcher repräsentirt, die in ihn übergeht. Wo der Erbe als Erbe betrachtet wird, ist es immer die Person des Erblassers, die er repräsentirt. Daher ist das Erbrecht ein Recht an der in den Erben übergegangenen Person des Erblassers.

Die Theorie des Erbrechts hat zwei Fragen zu beantworten:

1) Wie wird man Erbe? Wir können Erben werden a) mit unserm Willen. Hier ist zweierlei zu unterscheiden: delata hereditas, Delation des Erbrechts, adquisita hereditas, Erwerb des Erbrechts. Der Erwerbung muß ein Umstand vorausgehen, der die Succession unmittelbar möglich macht, anbietet,

---

a) L. 34 D. de adquir. rer. dom. (41, 1). [Gegen die Fiction der Fortdauer der Persönlichkeit des Erblassers vgl. Windscheid krit. Ueberschau I S. 194 ff.]

b) L. 62 D. de R. I. (50, 17).

deferirt. Es giebt zwei unmittelbare Delationsgründe nach Ius civile: α) der Wille des Erblassers, testamentum, testamentaria hereditas, β) ein Rechtssatz, lex oder quod legis vicem obtinet, legitima hereditas. Diese hat nur ein Intestatus, daher Intestaterbfolge.[c]). Beide setzen den Tod des Erblassers voraus. Durch die Delation entsteht nicht das Erbrecht, sondern erst die gegenwärtige Möglichkeit Erbe zu werden. Das Erbrecht entsteht erst durch die Adquisition, die hier in einem Willensact besteht. — Das Wort hereditas heißt auch Erbschaft. So hereditas iacens, vom Tod bis zum Eintritt des Erben. — b) ohne unsern Willen, ipso iure. Hier fällt Delation und Adquisition zusammen.

2) Was hat dieß für rechtliche Wirkungen? Im allgemeinen ergeben sie sich aus der Natur des Erbrechts in der Repräsentation des Erblassers. Aber es giebt auch unter Umständen noch besondere Wirkungen, Verhältniß zu Miterben, da mehrere zugleich berufen sein können, ferner Verpflichtung durch besondere Vorschriften des Erblassers.

Mit dem Erbrecht verbindet sich noch ein anderes Rechtsinstitut. Der Erbe tritt in die Gesammtheit der Vermögensrechte ein. Dieser Gegenstand kann aber gemindert werden dadurch, daß der Erblasser Personen Theile der Erbschaft zuwendet, die sie nicht mit den Rechten der Erben haben sollen, durch Anordnung einer erbrechtlichen Singularsuccession. Diese Anordnung heißt Vermächtniß. Es kommt in zwei Formen vor: legatum und fideicommissum. Der Vermächtnißnehmer, legatarius, fideicommissarius, erhält nur einzelne Rechte, kein Recht am Vermögen; aber sein Recht hängt dadurch mit dem Erbrecht zusammen, daß es einen Erben voraussetzt.

Die Unterscheidung in Ius civile und Ius prätorium wird auch im Erbrecht wirksam, ja sie hat nirgends eine höhere Bedeutung erhalten, als hier. Ursprünglich gab es nur Ein Erbrecht, das des Ius civile, hereditas. Schon in der zweiten Periode kommt daneben ein Erbrecht des prätorischen Rechts vor, wonach der Prätor Personä als Erben behandelt, die es vielleicht nicht nach Ius civile sind. Auf diesem Wege ist eine Erweiterung des Erbrechts vorgenommen worden, die das Bedürfniß forderte, ohne das Civilrecht selbst direct umzugestalten. Nun konnte aber der Prätor nicht die Hereditas geben, wo das Ius civile sie nicht gab, praetor heredem facere non potest, so wenig wie Dominium § 236. Er gab den Besitz der Güter und schützte die Besitzer, wie wenn sie Erben wären. Daher heißt das prätorische Erbrecht bonorum possessio, die Erben bonorum possessores. Die Bonorum Possessio verhält sich zur Hereditas gerade so wie das in bonis esse zum Dominium. Davon galten in Beziehung auf die Erwerbung namentlich andere Grundsätze, als von der Hereditas. Doch hatten schon die römischen Juristen die Bonorum Possessio zuweilen unter dem Namen Hereditas, in dem weiteren Sinn begriffen.[d]) Im neusten Recht hat die Bonorum Possessio allmählich an Bedeutung verloren, indem die Hereditas selbst durch die späteren Gesetze immer noch erweitert wurde. Doch ist sie immer noch geblieben selbst im neusten Recht.

Darauf beruht nun die folgende Anordnung.

---

c) L. 39 D. de adquir. her. (29, 2).
d) L. 138 D. de V. S. (50, 16).

Hereditas.

A. Delation der Hereditas.

a. Legitima Hereditas.[a]

CCCIV. Wenn jemand ſtirbt, ſo iſt das natürliche, daß ſein Vermögen auf ſeine Familie kommt. In dieſem Anſpruch auf das Vermögen liegt die vornehmſte rechtliche Bedeutung des Familienbandes. Davon geht auch das römiſche Recht aus, aber das alte Ius civile hat nur der familia im civilrechtlichen Sinn dieſe Bedeutung beigelegt. Die Cognation giebt nach dem alten Civilrecht gar kein Succeſſionsrecht, daher ſind z. B. die Kinder gegenüber der Mutter als ſolche ohne Erbrecht, ebenſo der Emancipirte gegenüber dem Vater und Geſchwiſtern, denn er iſt nicht mehr in der Familie. Gewöhnlich wurde er bei der Emancipation abgefunden, er behielt ſein Peculium (§ 284). — Nicht Alle in der Familie haben natürlich zugleich ein Succeſſionsrecht, es giebt zwei Claſſen: Sui und übrige Agnaten, eigentliche Agnaten, nur bei den letzteren richtet es ſich nach ihrer Nähe zum Erblaſſer.

Die Zwölf Tafeln beſtimmen über die Succeſſion, wenn ein Bürger intestatus verſtirbt: Vor allen kommen die Sui. Dieſe ſind gleichſam von ſelbſt Erben, wenn ſie nur nicht ausgeſchloſſen ſind. Das Haupt der Familie hat das Vermögen, dieß gilt nun beim Tod des bisherigen Hauptes von ſeinen Sui. Das Subject des Vermögens verändert ſich gewiſſermaßen gar nicht. Daher geben ihnen die Zwölf Tafeln nicht einmal ausdrücklich das Vermögen, ſondern den übrigen Agnaten in ihrer Ermangelung, nur dieſe ſind daher eigentlichſte legitimi heredes: si intestato moritur, cui suus heres nec escit, agnatus proximus familiam habeto.[b]

Sui ſind die in der Patria Poteſtas oder Manus des Erblaſſers Stehenden, welche durch ſeinen Tod frei werden. Alſo 1) leibliche Kinder unter jener Vorausſetzung, männliche oder weibliche, a) ex iustis nuptiis procreati entweder vivo oder mortuo patre, b) durch causae probatio vivo oder mortuo patre, c) Legitimirte. 2) Adoptirte. 3) Die in manu befindlichen, auch des Sohns in Patria Poteſtas, wenn dieſer vivo patre aus der väterlichen Gewalt kommt, 4) filius ex prima secundave mancipatione manumissus, vivo oder mortuo patre. 5) Der Filius, der iure postliminii zurückkehrt.[c]

Mehrere Sui ſuccediren mit einander ohne Rückſicht auf Nähe des Grads, z. B. Sohn und Enkel von einem verſtorbenen oder emancipirten Sohn. Dieſe ſuccediren in locum parentis. Daher ſchien es conſequent, daß ſie auch nur ſo viel bekämen, als dieſer ihr Parens erhalten hätte. Dieſe Theilung in

---

a) Gai. III 1—18 Ulp. XXVI Paul. sent. IV 8 Collatio XVI Inst. III 1—4 Dig. XXXVIII 16. 17 Cod. V 55—58 Cod. Theod. V 1: de legitimis hereditatibus.

b) Ulpian. XXVI 1 Collat. XVI 4. (Ulpian.) [Die römiſchen Juriſten finden den Grund in dem Naturgeſetz, nach welchem das ältere Geſchlecht dem jüngern den Platz räumt. Papinian. L. 7 § 1 D. si tab. test. (38, 6): Non sic parentibus liberorum, ut liberis parentum debetur hereditas, parentes ad bona liberorum ratio miserationis admittit, liberos naturae simul et parentum commune votum. Paul. L. 7 pr. D. de bon. damn. (48, 20): Cum *ratio naturalis quasi lex quaedam tacita* liberis parentium hereditatem addiceret velut ad debitam successionem eos vocando, propter quod et in iure civili suorum heredum nomen eis inditum est, ac ne iudicio quidem parentis, nisi meritis de causis summoveri ab ea successione possunt, aequissimum existimatum est rel. Dieſes Grundprincip beherrſcht die geſammte Deſcendentenſucceſſion. R. — Vgl. Danz Rechtsgeſchichte II (1873) S. 88.]

c) Gaius III 2—6 Collatio XVI 3 (Paulus).

stirpes ist entgegengesetzt der Theilung in capita: so viel Köpfe, so viel Theile. Wahrscheinlich wurde sie erst nach den Zwölf Tafeln eingeführt.[d])

Diese Erben sind nur denkbar bei einem Mann, eine Frau hat keine Sui. Wenn nun kein Suus da ist, so rufen die Zwölf Tafeln den Agnatus Proximus. Die Succession geschieht dem Grad nach, mehrere gleichnahe Agnaten theilen in capita. Früher war es bestritten, ob nicht auch sie in stirpes theilten, doch war die Kopftheilung schon lange vor Gaius entschieden. Frauenspersonen werden nicht berufen ultra consanguinitatis gradum, höchst wahrscheinlich schon nach den Zwölf Tafeln.[e]) Nach Paulus beruht dieß auf einer voconiana ratio, d. h. auf demselben Grund wie die Lex Voconia, daraus folgt nicht, daß es erst nach der Lex Voconia eingeführt wäre.[f]) Diese Beschränkung hat erst Justinian aufgehoben.[g]) Das Erbrecht wird dem deferirt, der zur Zeit, wo es entschieden ist, daß der Erblasser intestatus verstorben, der nächste ist.[h]) Fällt aber dieser nachher weg, so wird nicht dem zweitnächsten deferirt. Man drückte dieß später, als im prätorischen Recht ein anderes Princip entstanden war, so aus: in legitimis hereditatibus successio non est.[i])

Wenn kein Agnat oder der Proximus nicht Erbe wird, so bestimmen die Zwölf Tafeln: gentiles familiam habento.[k]) Auf welche Weise, ist unbekannt. In den einzelnen Gentes war entweder eine besondere Successionsordnung aufgestellt, oder es wurde das Vermögen an die Geschlechtscasse eingezogen. Dieß galt nur bei den Patriciern. Schon zu Gaius Zeit war diese Classe ganz weggefallen, es gab keine Gentes mehr.[l]) Nach Jus civile war also das Vermögen erblos, wenn kein Agnat Erbe wurde.

Die Virgines Vestales erbten nicht ab intestato, wurden auch nicht ab intestato beerbt, ihr Vermögen fiel an das Aerar.[m])

Außerdem setzt diese Erbfolge voraus, daß der Verstorbene 1) Civis war, nur ein solcher kann Sui und Agnati haben; 2) sui iuris, eine Person, die alieni iuris ist, hat kein Vermögen. Dieß wurde später modificirt durch die Castrensia und Adventicien. Anfangs hatte freilich die Möglichkeit eines Vermögens, z. B. der bona castrensia, keinen Einfluß auf die Intestaterbfolge. Nach justinianischem Recht findet, wenn der Filiusfamilias bona castrensia vel quasi oder adventicia hinterläßt, eine Intestatsuccession Statt (§ 282).

Inwiefern das alte Intestaterbrecht durch das prätorische Recht modificirt worden ist, wird unten (§ 315) erörtert werden. Hier soll nur vom Jus civile die Rede sein. Von der dritten Periode an wurden verschiedene Gesetze gegeben, welche die Intestaterbfolge in einzelnen Punkten abänderten.[n]) Die hauptsächlichsten sind folgende:

1) Senatusconsultum tertullianum unter Hadrian. Die Mutter erhält

d) Gaius III 7. 8. 15.

e) Gaius III 18—24 Ulpian. XXVI 6.

f) Paul. sent. IV 8 § 22 (20): feminae ad legitimas hereditates ultra consanguineas successiones non admittuntur: idque iure civili voconiana ratione videtur effectum. ceterum lex XII tabularum nulla discretione sexus cognatos admittit.

g) L. 14 C. de legit. hered. (6, 58).

h) Gaius III 11. 13 § 6 Inst. de leg. agn. (3, 2).

i) Gaius III 12. 22. 28 § 7 Inst. eodem.

k) Collatio XVI 4.

l) Gaius III 17.

m) Gell. I 12. Labeo sagt: id quo iure fiat quaeritur.

n) Inst. III 3: de S. C. tertulliano. 4: de senatusconsulto orphitiano. Dig. XXXVIII 8: ad S. C. tertullianum et orphitianum. C. VI 56: ad S. C. tertullianum. 57: ad S. C. orphitianum. 58: de legitimis heredibus.

ein Erbrecht an dem Vermögen der Kinder, wenn sie das ius trium vel quatuor liberorum hat. Doch sollen ihr vorgehen: die Kinder der Söhne, der Vater, wenn er gesetzlicher Erbe ist, der frater consanguineus. Mit der soror consanguinea erbt sie zusammen, die übrigen Agnaten schließt sie aus.[o]) Constantin verordnete, daß die Mutter ohne das ius liberorum zu einem Drittel erben sollte,[p]) Valentinian zu zwei Drittel, dagegen auch der väterliche Oheim und seine Kinder ein Drittel.[q]) Endlich nach Justinian auch ohne das ius liberorum immer das Ganze, und mit den Brüdern sollte sie ein gemeinschaftliches Erbrecht haben.[r])

2) Senatusconsultum orphitianum unter Marcus und Commodus. Die Kinder sollen ihre Mutter, wenn sie nicht in manu ist, vor allen andern beerben, also mit Ausschließung der Agnaten.[s]) Nach einem Gesetz Valentinian's II und Theodosius erhielten die Kinder auch einen Theil der Erbportion, welche die Mutter von ihren Ascendenten geerbt hätte, als ein Erbrecht am Vermögen der mütterlichen Ascendenten:[t]) gegen Kinder der mütterlichen Ascendenten zwei Drittel, gegen Agnaten drei Viertel der mütterlichen Erbportion, nach Justinian das Ganze.[u])

3) Anastasius verordnete: Capite minuirte Geschwister sollten als Agnaten erben, doch die Hälfte weniger, als die nicht Capite minuirten.[v]) Justinian machte einen Unterschied zwischen vollbürtigen und halbbürtigen Consanguinei, jene sollen das Muttergut voraus haben.[w]) Nachher setzte Justinian auch die Uterini und ihre Kinder unter die legitimi heredes, hob also den Unterschied zwischen Agnation und Cognation bei Geschwistern und ihren Kindern auf.[x]) Dagegen wurde der Unterschied zwischen vollbürtigen und halbbürtigen Geschwistern erweitert, endlich jene diesen ganz vorgezogen.[y])

4) Ehegatten hatten kein Civilrecht, dagegen erbten sie nach prätorischem Recht (§ 315). Justinian verordnete als etwas singuläres für den armen Ehegatten, daß er ein Viertel mit jedem Erben haben solle.[z]) Diese Bestimmung wurde nachher verändert. Sie wurde beschränkt auf die arme Wittwe, diese soll ferner mit vier oder mehr Kindern nicht mehr als eine Virilportion erhalten. Auch hat sie bei eigenen Kindern nur den Nießbrauch ihrer Portion.[aa])

Bisher war nur von Freigeborenen die Rede. Bei Freigelassenen modificirte sich die Erbfolge folgendergestalt.[bb]) Nach den Zwölf Tafeln kommen zuerst die sui, dann der Patronus und die Patrona, und die Kinder des Patronus. Diese sind gleichsam die Agnaten. Capitis Deminutio hebt das

---

o) Ulpian. XXVI 8.
p) L. 1 C. Th. de leg. hered. (5, 1) (321).
q) L. 7 C. Th. eodem (426) § 5 Inst. de S. C. tertulliano (3, 3).
r) L. 7 C. ad S. C. tertull. (6, 56) § 4. 5. Inst. eodem.
s) Ulpian. XXVI 7.
t) L. 8 C. Th. de leg. hered. (5, 1) L. 11 C. de suis et leg. lib. (6, 55).
u) Nov. 18 c. 4.
v) L. 4 C. de leg. tut. (5, 30) L. 15 § 1 C. de leg. hered. (6, 58).
w) L. 13 C. de legit. hered. (6, 58).
x) L. 15 § 2 C. eodem.
y) Nov. 84.
z) Nov. 53 c. 6.
aa) Nov. 117 c. 5.
bb) Unterholzner über das patronatische Erbrecht. Zeitschrift für gesch. Rechtswiss. V 2 (18 25). Glück-Leist Pandecten Serie der Bücher 37 u. 38 V (1879) S. 318 ff.]

Verhältniß auf. Darum war eben die Arrogation eines Libertus nicht gestattet.[cc]) Bei der Liberta erbt immer der Patron, denn diese hat keine Sui, bis zum Senatusconsultum orphitianum, welches auch bei Freigelassenen Anwendung fand. Endlich beriefen die Zwölf Tafeln die Gens, zu welcher die Freigelassene gehörte (familia patroni).[dd]) Auch ein patronatisches Successionsrecht in das Vermögen der Kinder des Freigelassenen wird erwähnt.[ee]) Die Nachrichten darüber sind sehr unbestimmt; Justinian verordnete: nur wenn Sohn oder Tochter der Freigelassenen gar keine Verwandte hinterlassen, solle der Patron erben, aber nur er, nicht seine Kinder.[ff]) — Das Bisherige setzt voraus, daß der Libertus Civis Romanus war. Bei Latini Juniani war das Verhältniß folgendes: vor der Lex Junia blieben diese eigentlich Sclaven. Ihr Vermögen war Peculium, das nach ihrem Tod an den Herrn fiel. Dieß Recht sollte durch die Lex Junia nicht geschmälert werden, sie leben wie Freie, und sterben wie Sclaven. Das Vermögen zieht also immer der Patron und seine Erben ein (nicht seine Kinder als solche). Nach einem Senatusconsultum largianum sollen die nicht namentlich enterbten Kinder des Patrons den Extranei Heredes vorgehen in den bonis latinorum, vorausgesetzt also, daß Extranei Heredes vorhanden sind. Manche Juristen glaubten darum, es sei ein gleiches Erbrecht wie bei Cives eingeführt.[gg]) — Bei Dediticii bestimmt sich das Recht des Patrons darnach, ob sie ohne das vitium Cives oder Latini geworden wären. Dort galten dieselben Grundsätze wie bei Cives Romani Liberti, so weit sie anwendbar waren (sie hatten keine Sui). Hier wie bei Latini Juniani. So wurde es von den Juristen festgesetzt, die Lex Aelia Sentia hatte sich darüber nicht ausgesprochen.[hh]) Auch bei der Succession der Freigelassenen war das prätorische Recht wirksam (§ 315).

Justinian berief vier Classen in das Vermögen des Freigelassenen: 1) Descendenten jedes Grads und Geschlechts ohne Rücksicht auf väterliche Gewalt, jedoch nur leibliche. Auch in der Sclaverei erzeugte (wenn sie nachher frei wurden), also mit Berücksichtigung der servilis cognatio.[ii]) 2) Patronus und Patrona, 3) deren Kinder ohne Rücksicht auf väterliche Gewalt, nach der Nähe des Grads, 4) Seitenverwandte des Patrons bis zum fünften Grad.[kk])

Durch assignatio liberti[ll]) kann der Patron einem seiner Kinder und dessen Descendenten die Beerbung der Freigelassenen ausschließlich zuwenden. Die übrigen erben dann erst, wenn jener ohne Descendenten stirbt.[mm]) Nach einem

---

cc) Ulpian. XXVII L. 15 § 3 D. de adopt. (1, 7).

dd) L. 195 § 1 D. de V. S. (50, 16): ad personas refertur familiae significatio ita cum de patrono et liberto loquitur lex: *ex ea familia*, inquit, *in eam familiam*. et hic de singularibus personis legem loqui constat.

ee) Cic. de orat. I 39 (§ 317 u) Collatio XVI 8. Huschke von der Intestatsuccession in das Vermögen eines Kindes oder fernerer Descendenten eines Freigelassenen. Studien 1830 S. 134—167.

ff) L. 4 C. de bonis lib. (6, 4). Biener Gesch. der Novellen S. 578 ff. Savigny in Hugo's civ. Mag. III S. 290.

gg) Gaius III 55—71.

hh) Gaius III 74—76.

ii) § 10 Inst. de gradibus (3, 6). Bei Haloander: de servili cognatione (3, 7).

kk) § 3 Inst. de succ. libertorum (3, 7) L. 4 (restituta) C. de bonis lib. (6, 4).

ll) L. 107 D. de V. S. (50, 16): adsignare libertum, hoc est testificari, cuius ex liberis libertum esse voluit.

mm) pr. Inst. de adsignat. lib. (3, 8).

Senatusconsultum unter Claudius war diese Assignatio ohne alle Form möglich (nicht bloß im Testament).[nn])

Nach Analogie des Patrons hat auch der Manumissor aus dem Mancipium ein Erbrecht,[oo]) namentlich der Parens Manumissor an dem Vermögen des emancipirten Kindes.[pp])

CCCV. Das Intestaterbrecht auf der Grundlage der Zwölf Tafeln mit den spätern Modificationen galt bis auf Justinian. Noch in den Gesetzbüchern Justinian's, den Institutionen, Digesten, Codex finden wir das vorhin dargestellte Recht. Noch immer ist das alte Princip, das Uebergewicht der Agnation, nicht aufgehoben, wenn auch in vielen Punkten durch Civilvorschriften und prätorisches Edict modificirt. Durch diese Modificationen namentlich Justinian's und seiner Vorgänger war das Intestaterbrecht ein sehr verwickeltes, aus verschiedenen Rücksichten zusammengesetztes geworden. Diesem Uebelstand konnte nur dadurch abgeholfen werden, daß man das alte Princip ganz aufhob. Dieß geschah durch Justinian in der Novelle 118 vom Jahre 543, wozu ein Nachtrag in der Novelle 127 vom Jahr 547 gegeben wurde.

Zur Grundlage wurde die natürliche Verwandtschaft gemacht, und bloß diese, nur mit Ausnahme der Adoptivverwandtschaft, in welcher noch die Agnation wirksam ist. Auch findet kein Unterschied der Geschlechter mehr Statt, wodurch nun die Intestaterbfolge sehr einfach geworden ist. Diese richtet sich nach der Innigkeit des Verwandtschaftsbandes, welche abhängt theils 1) von der Art der Verwandtschaft. Hier giebt es drei natürliche Ordnungen: Descendenten, Ascendenten, Seitenverwandte. Von den letzteren sind auszuzeichnen die Geschwister und hier wieder ein natürlicher Unterschied zu machen zwischen vollbürtigen und halbbürtigen. Dieser Richtung wird daher ein Intestaterbrecht folgen müssen, welches die natürliche Verwandtschaft zum Princip erhebt. Theils 2) von der Nähe oder Entferntheit der Verwandtschaft, die innerhalb jener Ordnung möglich ist. Diese wirkt aber nicht bei den Descendenten.

Justinian hat nun folgende Ordnung festgesetzt. Vier Classen der Intestatsuccession wegen Verwandtschaft.

1) Die Descendenten des Erblassers, ohne Unterschied der väterlichen Gewalt ꝛc., doch auch die adoptirten, bei denen väterliche Gewalt der einzige Grund der Verwandtschaft ist, aber nur die, zwischen denen und dem Erblasser kein erbberechtigter Lebender in der Mitte steht. Sonst erben sie ohne Gradunterschied, die entfernteren rücken in die Stelle ihrer Parentes. Dieß hat auch auf die Theilung Einfluß, sie geschieht in stirpes.

2) Die nächsten Ascendenten, die vollbürtigen Geschwister, und die Söhne und Töchter verstorbener vollbürtiger Geschwister (successio in locum und zugleich loco parentis). Ascendenten erben für sich in lineas, d. h. das Vermögen geht in zwei Hälften nach der väterlichen und mütterlichen Seite, mit Collateralen in capita. Bei vollbürtigen Geschwistern geschieht die Theilung ebenfalls in capita, concurriren sie aber mit Geschwisterkindern, so tritt die Theilung in stirpes ein.

---

nn) L. 1 pr. D. de adsignand. lib. (38, 4).

oo) Collatio XVI 9 § 3. 4 Inst. de bon. poss. (3, 9).

pp) [Der Parens wird ausgeschlossen durch die Sui und Emancipati des Emancipatus, seit Valentinian II auch durch die Kinder der emancipirten Tochter L. 3 C. Th. de leg. hered. (5, 1, nach Justinian auch durch die Geschwister des Emancipatus L. 7 § 1 C. ad S. C. tert. (6. 56 L. 13 C. de leg. hered. (6, 58). R. — Vgl. Leist a. a. O. S. 558 ff.]

3) Halbgeſchwiſter und Söhne und Töchter verſtorbener, gleichviel ob Conſanguinei oder Uterini. Die Theilung geſchieht wie in der zweiten Claſſe.

4) Alle übrigen Seitenverwandten nach der Nähe der Grade. Unter dieſer Vorausſetzung auch die entfernteſten. Mehrere erben in capita.

Keine Claſſe kommt zur Delation, ſo lange noch Perſonen der vorhergehenden vorhanden ſind, denen deferirt werden kann. Die Delation wird wiederholt, wenn die frühere unwirkſam geblieben iſt. Die wiederholte Delation geſchieht 1) an die Perſonen erſten Grads in derſelben Claſſe, da wo die Nähe des Grads entſcheidet, successio graduum, 2) an die folgende Claſſe, successio ordinum. [a])

b) Testamentaria Hereditas.

CCCVI. Der Erblaſſer kann ſich ſelbſt einen oder mehrere Erben ernennen und dadurch die geſetzliche Erbfolge ausſchließen. Dieß kann aber 1) nur durch eine letztwillige Dispoſition geſchehen, d. h. eine ſolche, die veränderlich iſt und nur als letzter Wille gilt, nicht durch eine unveränderliche Beſtimmung, nicht alſo durch Vertrag. Es giebt verſchiedene letztwillige Dispoſitionen, z. B. Beſtellung eines Tutor, Vermächtniß. Eine ſolche iſt nun auch die Ernennung eines Erben, Erbeinſetzung. 2) Das Rechtsgeſchäft, worin es geſchieht, muß ein Teſtament ſein. Es giebt noch andere Rechtsgeſchäfte, in welchen letztwillige Dispoſitionen gemacht werden können, z. B. Codicille, aber eine Erbeinſetzung kann in ihnen nicht angeordnet werden. Ein Teſtament kann auch andere letztwillige Dispoſitionen enthalten, aber der weſentliche Inhalt iſt die Erbeinſetzung. Teſtament iſt das einſeitige Rechtsgeſchäft, wodurch ein Erbe ernannt wird. [a])

Für Teſtamente ſind zu allen Zeiten beſondere Solennitäten gefordert worden, um Ungewißheit und Verfälſchung zu verhüten, die hier beſonders möglich iſt. [b])

In den älteſten Zeiten gab es zwei Teſtamentsformen. Gemeinſchaftlich war ihnen, daß beide vor dem Volk geſchahen, welches gewiſſermaßen den Willen des Teſtators zum Geſetz machte. 1) Testamentum calatis comitiis

---

a) Man hat die juſtinianiſche Inteſtaterbfolge in folgende Gedächtnißverſe gebracht:

Descendens omnis succedit in ordine primo.
Ascendens propior, germanus, filius eius.
Tunc latere ex uno iunctus, quoque filius eius.
Denique proximior reliquorum quisque superstes.

(Zwiſchen 3 und 4: Hi cuncti in stirpes succedunt, in capita autem iuncti ascendentes fratrum proles quoque sola).

a) Gai. II 101—108 Ulpian. XX Paul. sent. III 4a Inst. II 10: de testamentis ordinandis. Dig. XXVIII 1: qui testamenta facere possunt et quemadmodum testamenta fiant. Cod. VI 23: de testamentis et quemadmodum testamenta ordinentur. Ulpian. XI 14: uti legassit super pecunia tutelave suae rei ita ius esto. Cic. de inv. II c. 50 (Rhetor. ad Herennium I 13) paterfamilias uti super familia pecuniave sua legaverit ita ius esto. Familia iſt das quiritiſche Recht, daher das Vermögen ex iure quiritium, alſo außer den Obligationen. So in der familiae herciscundae actio. Der Zuſatz pecuniaque zieht auch die Obligationen herein. Wahrſcheinlich wurde urſprünglich kein Uebergang der Obligationen angenommen, die Mancipatio und In Jure Ceſſio bezog ſich bloß auf die Familia, nicht auf die pecunia. Im alten Recht, in welchem durch minima capitis deminutio die Schulden untergingen, mußte auch der Tod dieſe Wirkung haben, wenn nicht ein geſetzlicher Erbe ſuccedirte oder der Erblaſſer calatis comitiis einen Erben ernannte, weil hierin eine Adoption enthalten war. In den Zwölf Tafeln ſtand wahrſcheinlich ein beſonderer Satz über den Uebergang der Forderungen und Schulden, da er ohnehin in dem familiam habere nicht ſchon enthalten war.

b) Gaius II 100—108 Ulpian. XX Inst. II 10: de testamentis ordinandis.

conditum. Dieß war eine Erklärung des Willens in der Volksversammlung, die zu diesem Zweck gehalten wurde, bei Patriciern in Curiatcomitien, bei Plebejern wahrscheinlich in Centuriatcomitien. Zweimal jährlich wurden Comitien zu diesem Zweck berufen. Die Erbeinsetzung in einem solchen Testament enthielt wahrscheinlich stets eine Adoption, war also im Grunde keine Abweichung von der gesetzlichen Erbfolge. 2) Testamentum in procinctu, dieß wurde ursprünglich in Comitien errichtet, die nicht calata, nicht zu diesem Zweck berufen waren, namentlich im gerüsteten Heer, welches nach der Verfassung des Servius auch die Form der Comitien hatte, nachher im Krieg vor der Schlacht. [c])

Später wurde die Mancipationsform für letztwillige Dispositionen gebraucht, testamentum per aes et libram. Die Mancipation des Vermögens geschah an einen Freund zur Vertheilung nach dem Tode. Der familiae emtor war loco heredis, es fand also keine Erbeinsetzung Statt. Dieses änderte sich aber und es entstand ein vollständiges Testament mit Erbeinsetzung, der familiae emtor war nur der Formalität wegen da, ohne weiteren Beruf. [d])

Jene ältesten Testamente gingen unter, verdrängt durch das Mancipationstestament. Zur Zeit der römischen Juristen war die Form folgende.

Gegenwärtig müssen sein der Testator, der Familiae Emtor, ein Libripens, fünf Zeugen (also sieben Personen außer dem Testator). Die Zeugen dürfen nicht unmündig, stumm, taub, wahnsinnig, nicht Frauen sein, ferner nicht durch bestehende Patria Potestas mit dem Testator und Familiae Emtor verbunden, Libripens und Zeugen unter sich können es sein. Nach diesem ältesten Recht kann der Erbe selbst Zeuge sein. [e]) Die Zeugen müssen Cives Romani sein oder auch Latini, weil mit diesen Testamentifactio bestand, auch Latini Juniani können zeugen. Die Zeugen müssen zu diesem Act rogirt werden. [f])

Die Handlung darf nicht unterbrochen sein, dieß Erforderniß heißt unitas actus. Sie hat zwei Bestandtheile: 1) mancipatio familiae, wie gewöhnlich, nur mit einer besonderen Formel, die das Verhältniß des Familiae Emtor ausspricht. Der Familiae Emtor sagt: familiam pecuniamque tuam endo mandatela tutela custodelaque meam *(ex iure quiritium esse aio, eaque)* quo tu iure testamentum facere possis secundum legem publicam hoc aere aeneaque libra esto mihi emta. [g]) 2) nuncupatio et testatio. Der Testator

---

c) Gaius II 101 Cic. de nat. deor. II 3 (9): negligentia nobilitatis augurii disciplina omissa veritas auspiciorum spreta est, species tantum retenta, itaque — bella — nullis auspiciis administrantur, nulla peremnia servantur, nulla ex acuminibus, ex quo in procinctu testamenta perierunt. Sabidius XII salior. in Virgilii interpretes ad Aen. X 242 ed Mai. (1818) viros voca proelium ineant. deinde exercitu in aciem educto, iterum (*auspicaba*)tur, interim ea mora utebantur, qui testamenta in procinctu facere volebant. Ueber die Auspicien und virorum vocatio vgl. Varro de lingua lat. VIII 86—95. (Müll.)

d) Gaius II 102—104.

e) Ulpian. XX 3—6 Gaius II 105—108.

f) L. 20 § 2 D. qui test. (28, 1).

g) Gaius II 104. Puchta verisimilium cap. VI p. 11. [Nach Lachmann's Restitution enthält die Formel wieder bloß die Causa: familia pecuniaque tua endo mandatelam tutelam custodelamque meam, quo tu iure testamentum facere possis secundum legem publicam (Note a), hoc aere aeneaque libra esto mihi emta. Diese Restitution wird unterstützt durch den Widerspruch, welchen die Behauptung: familia pecuniaque *tua* und ex iure quiritium *meam* esse aio in sich tragen würde; unmöglich kann der Käufer die Familia in einem Athem als die des Verkäufers anerkennen und sie doch für sich vindiciren; überall, wo die Mancipation eine derartige Behauptung enthält, beginnt sie mit den Worten *hunc* ego hominem Gai. I 119, *hanc* ego rem Gai. IV 167; selbst der Eigenthümer aus Fiducia würde dem Fiducianten nicht von vorn herein

nimmt die Tabulae und erklärt den Inhalt vor den Zeugen als ſein Teſtament: haec ita ut in his tabulis cerisque scripta sunt, ita do, ita lego, ita testor, itaque vos, quirites, testimonium mihi perhibetote. Auch mündlich konnte das Teſtament errichtet werden, dann mußten aber die Verfügungen vor den Zeugen ſelbſt erklärt werden. Bei ſchriftlichen wurde das Teſtament von den Zeugen verſiegelt, und jedem Siegel der Name beigeſchrieben, dieſe Beiſchrift heißt adnotatio oder superscriptio.[h])

Von dieſen Formalitäten wurde ſchon in der dritten Periode eine Ausnahme gemacht zu Gunſten der Soldaten, denen libera testamentifactio gegeben wurde ohne alle Solennitäten.[i])

Der Prätor forderte nicht die volle Teſtamentsform. Zwar war zur Verleihung der Bonorum Poſſeſſio ein Teſtament mit ſieben Zeugen nothwendig, aber die Mancipatio und Nuncupatio fiel weg, das Teſtament brauchte nur ſchriftlich und septem testium signis signatum zu ſein.[k])

In der vierten Periode ließ die Scrupuloſität bei Beobachtung der Mancipations- und Nuncupationsſolennitäten nach. Schon am Anfang wird geſagt: man ſolle nicht die Wortformeln für das weſentliche anſehen.[l])

Zur Zeit Theodoſius II errichtete man das testamentum per aes et libram bloß mündlich, die Nuncupatio umfaßte den ganzen Inhalt. Die alte Form wurde verſtümmelt, keine Mancipation mehr angewendet, daher hatte man auch weder Familiae Emtor noch Libripens mehr, bloß fünf Zeugen. Per nuncupationem heißt nun ſo viel als mündlich teſtiren. Aber Theodoſius II verordnete, es ſolle eine Schrift des Beweiſes wegen aufgeſetzt werden, außerdem waren ſieben Zeugen erforderlich. Das ſchriftliche Teſtament war das prätoriſche, nur wurde dabei auch eine subscriptio testium, inwendig, gefordert, ohne daß übrigens die Zeugen den Inhalt des Teſtaments zu kennen brauchen.[m]) Valentinian III verordnete, daß bei einem testamentum holo-

---

das Eigenthum zugeſtehen können L. 66 D. de R. V. (6, 1). Eine Vindication der Mandatela und Cuſtodia iſt undenkbar, weil das Amt der Vertheilung und Bewachung des Vermögens nicht mit in rem actiones verfolgbar iſt. Eine Vindication der Tutel und Cura Furioſi von Seiten des Pflegebefohlenen, an welche Huſchke Studien S. 268 denkt, iſt vollends bedenklich. Es bleibt nur die Annahme übrig, daß der familiae pecuniaeque emtor, da er nicht Erbe und Eigenthümer wurde, auch keine Vindication hatte, und daher den darauf bezüglichen Theil der Mancipatio wegließ. R.]

h) L. 20 § 4 L. 30 D. qui test. (28, 1). Vgl. die Mariniſchen Urkunden bei Spangenberg tabb. neg. (1822) p. 128 sq.

i) Gaius II 109—111 Ulpian. XXIII 10 Inst. II 11: de militari testamento. Dig. XXIX 1: de testamento militis.

k) Gai. II 119. 147 L. 1 § 10. 11 D. de b. p. s. t. (37, 11). Nach Cic. in Verr. I 45 lautete das Edict: si de hereditate ambigetur et tabulae testamenti obsignatae non minus multis signis quam e lege oportet, ad me proferentur: secundum tabulas testamenti potissimum hereditatem dabo.

l) L. 15 C. de testam. (6, 23) (Constantin. 339.)

m) Nov. Theod. 23 (439) = L. 21 C. de testam. (6, 23): non subscriptum namque a testibus atque signatum testamentum pro imperfecto haberi convenit. § 3. Inst. de testam. ord. (2, 10). [Die Subſcriptio iſt übrigens ſchon ältere Sitte. Vgl. das Teſtament des Gregor von Nazianz aus der zweiten Hälfte des vierten Jahrhunderts (Brisson. de form. VIII 169) und L. 3 § 1. 2 C. Th. de testam. (4, 4). Ein Senatusconſult unter Nero verordnete: ut in summa marginis ad mediam partem perforatae (tabulae) triplici lino constringantur: atque impositae supra linum cerae signa imprimantur, ut *exteriori scripturae* (d. h. dem regelmäßig üblichen äußern Duplicatoriginal) *fidem interior servet.* Paul. sent. V 25, 6. Dadurch entſtand der Zweifel, ob die längſt übliche innere Siegelung und Namensbeiſchrift nicht auch formell erforderlich ſei. Dieſer Zweifel wurde in jenen Conſtitutionen bejahend entſchieden. Huſchke Zeitſchr. für geſch. Rechtsw. XII S. 201—207. R. — Vgl. Bruns die Unterſchriften in den röm. Rechtsurkunden 1876 S. 88 ff.]

graphum im Fall der Noth gar keine Zeugen nöthig sein sollten. Diese Verordnung galt aber nur für den Occident, nicht für den Orient.[n])

Daneben waren s. g. öffentliche Testamente entstanden, unter Mitwirkung obrigkeitlicher Personen, welche die übrigen Solennitäten ersetzt.[o]) So wurde das Testament zu Protokoll gegeben vor dem Richter und der Curie, apud acta conditum, oder dem Kaiser durch Supplik überreicht.[p])

Im justinianischen Recht gab es also 1) öffentliche Testamente, 2) Privattestamente. Diese waren entweder solenne Testamente, die regelmäßige Testamentsform, zu denen sieben Zeugen, worunter auch nicht der Erbe, noch einer der durch väterliche Gewalt mit diesem oder dem Erblasser verbunden war, sein durfte, und unitas actus erforderlich war. Die Erklärung des Willens konnte geschehen a) schriftlich, durch Schrift oder Unterschrift des Testators, oder eines octavus subscriptor. Die Zeugen unterschreiben inwendig, versiegeln und überschreiben; b) mündlich, durch vollständige Erklärung auf eine für alle Zeugen verständliche Art. — Eine zweite Gattung der Privattestamente sind die privilegirten Testamente, bei welchen Ausnahmen von jenen Solennitäten stattfanden, indem theils welche weggelassen, theils zugesetzt wurden.

CCCVII. Testamentifactio, Fähigkeit des testamentarischen Erbrechts,[a]) enthält 1) Fähigkeit zu testiren, 2) zu zeugen, 3) in einem Testament bedacht zu werden als heres oder legatarius (das erste ist die active, das zweite die passive Testamentifactio). Nicht jeder, welcher Testamentifactio in diesem Sinn, wo ein Theil der civilrechtlichen Rechtsfähigkeit damit bezeichnet wird, hat, kann testiren, zeugen oder bedacht werden, er kann aus andern Gründen ausgeschlossen sein. So namentlich in Bezug auf die Fähigkeit zu testiren. Also giebt es eine Testamentifactio: 1) im eigentlichen Sinn, in Beziehung auf die Rechtsfähigkeit, 2) im weitern Sinn, in Beziehung auch auf andere Hindernisse des Testirens, Fähigkeit ein Testament zu machen überhaupt. In diesem Sinn hat sie nur der Testator, der ein Testament machen kann. — Unfähig sind:

A) wegen Mangels der eigentlichen Testamentifactio: 1) Sclaven, doch können servi publici populi Romani über die Hälfte ihres Erwerbs testiren,[b]) 2) Peregrinen,[c]) 3) denen durch Ehrenminderung dieß Recht entzogen ist, intestabiles.[d])

B) aus andern Gründen: 1) Latini Iuniani, ex lege iunia, aus dem oben § 304 vorgekommenen Grund;[e]) 2) alieno iuri subiecti, da sie kein Vermögen haben. Aber auch im spätern Recht ist diese Beschränkung geblieben.

---

n) Nov. Valent. 64 (446) § 1: si holographa manu testamenta condantur, testes necessarios non putamus.

o) Nov. Val. 63 § 2: cum liceat cunctis iure civili atque praetorio, liceat per nuncupationem, liceat *municipalibus gestis* iudicia suprema componere. Savigny Geschichte des röm. Rechts I 108.

p) L. 19 C. de testam. (6, 23).

a) Gaius II 114 Inst. II 12: quibus non est permissum facere testamentum. Dig. XXVIII 1: qui testamenta facere possint cet. Cod. VI 22: qui testamenta facere possint vel non.

b) Ulpian. XX 16.

c) L. 8 § 1. 2 D. qui test. fac. (28, 1).

d) L. 18 § 1 D. eodem.

e) Gai. I 23.

Ausnahmen bei bona castrensia vel quasi s. oben § 282. 3) Frauenspersonen, die noch in ihrer angestammten Familie sind, quae se capite nunquam deminuerunt. Andere bedürfen der auctoritas tutoris; Hadrian hat dieß auch bei jenen zugelassen.[f] In der vierten Periode hat diese Beschränkung aufgehört; 4) Impuberes, wegen des mangelnden festen Judiciums. Ausgenommen ist die Virgo Vestalis;[g] 5) Wahnsinnige; 6) Prodigi, wie Wahnsinnige; 7) Stumme, Taube, wegen der alten Form.[h] Wahrscheinlich gab aber der Prätor aus einem schriftlichen Testament bonorum possessio secundum tabulas.[i] Justinian gab ihnen die Fähigkeit schlechthin, die Fähigkeit den Willen mündlich oder schriftlich zu erklären ist hinreichend. Nur Taubstumme von Geburt sind ausgeschlossen.[k]

CCCVIII. Der Testator muß Erben ernennen,[a] einen oder mehrere, eine Universalsuccession anordnen, außerdem ist kein Testament vorhanden. Hätte er nur zu einem Theil einen Erben ernannt, so müßte entweder die Erbeinsetzung ungültig sein, oder die Beschränkung wegfallen. Das Letztere wird angenommen. Denn der Erblasser kann nur entweder testatus oder intestatus sein, beides schließt sich aus und ein drittes giebt es nicht. Nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest. Eine Ausnahme findet Statt bei Soldaten, daher ius nostrum non patitur, eundem in *paganis* et testato et intestato decessisse earumque rerum naturaliter inter se pugna est.[b]

Nach altem Recht mußten solenne Worte gebraucht werden. Ursprünglich heres esto, nachher auch heredem esse iubeo. Eine andere Formel (z. B. esse volo, instituo, facio) gilt nicht. Manche Juristen scheinen jedoch am Ende der dritten Periode weniger subtil gewesen zu sein. Am Anfang der vierten Periode setzten Constantin's Söhne fest: die Worte sind gleichgültig, daher auch in anderer Sprache testirt werden kann.[c] Der Name des Erben ist nicht wesentlich, wenn nur die Person gewiß ist.[d]

Die Erbeinsetzung kann unter einer Bedingung geschehen, aber nicht unter

---

f) Gai. II 115 a Cic. top. 4: si ea mulier testamentum fecit, quae se capite nunquam deminuit, non videtur ex edicto praetoris secundum eas tabulas possessio dari.

g) Gell. I 12.

h) Ulpian. XX 13.

i) Gaius II 147.

k) L. 10 C. qui testam. (6, 22).

a) Gai. II 116. 117. 186—190 Ulpian. XXI Paul. sent. III 46 Inst. II 14: de heredibus instituendis. Dig. XXVIII 5 Cod. VI 24: de heredibus instituendis (et quae personae heredes institui non possunt).

b) L. 7 D. de R. I. (50, 17). [Huschke im Rhein. Mus. VI 8. 1833. Walter Gesch. des R. R. § 630 glaubt diesen Satz, „womit man sich so quält, sehr ungezwungen aus der vermuthlichen Absicht, dem Eingesetzten auch diesen Rest zuzuweisen", erklären zu können und findet „den neusten Erklärungsversuch von Rudorff Röm. Rechtsgesch. 1 § 21 durchaus nichtssagend". Hatten etwa nur Soldaten diese vermuthliche Absicht nicht? L. 37 D. de testam. mil. (29, 1) und genügt sie auch, wenn ein Nichtsoldat das ius accrescendi geradezu verbietet? Die Sache ist die, daß der Testator nach individuellen sittlichen Gründen, das Gesetz nur nach allgemeiner naturalis ratio § 304 b verfügen kann. Diese Rücksicht bewog die Decemvirn, die gesetzliche Erbfolge durch die conditionelle Fassung si (nicht quatenus) intestato moritur auf den Fall der Nichtexistenz einer bessern Verfügung zu beschränken. R.] Man hat behauptet, jene Regel sei noch zu Cicero's Zeit controvers gewesen, laut de invent. II 21, aber mit Unrecht.

c) L. 15. 21 § 4 C. de testam. (6, 23).

d) L. 9 § 8 D. de hered. inst. (28, 5). Daher auch die Gültigkeit des sogenannten testamentum mysticum: L. 78 D. eodem: quem heredem codicillis fecero, heres esto.

einer Resolutivbedingung, auch nicht ad diem, noch ex die.[e] Unmögliche Bedingungen galten pro non scriptis, nach der Meinung der Sabinianer, die Justinian recipirt hat; die Proculianer waren dagegen.[f] Eben so behandelt wurden condiciones turpes, dann solche, die contra leges, oder gegen Vorschriften ꝛc. waren, die legis vicem haben.[g] Dahin gehört die Bedingung, nicht zu heirathen, welche gegen die Lex Julia und Papia Poppäa ist.[h] Auch die Bedingung des Wittwenstandes wird ex lege iulia erlassen, wenn die Wittwe schwört, sie heirathe, um Kinder zu erhalten. Nach Justinian ohne weiteres,[i] aber nach einem spätern Gesetz ist die Bedingung des Wittwenstandes gültig.[k] — Ungültig dagegen sind captatoriae institutiones, Abhängigmachung von einer künftigen Erbeinsetzung durch den Bedachten.[l]

Zur Gültigkeit der Erbeinsetzung gehört die Fähigkeit der Eingesetzten. Unfähig sind: 1) peregrini,[m] 2) eigene Sclaven ohne Freiheit (selbst wenn sie nachher frei werden);[n] nach Justinian soll die Freiheit stillschweigend verstanden werden;[o] 3) intestabiles,[p] nicht aber latini iuniani (welche bloß incapaces sind),[q] 4) Frauenspersonen nach der Lex Voconia vom Jahr 585 de mulierum hereditatibus, um den Luxus der Frauen zu beschränken.[r] Wer in der ersten Classe censirt ist, kann keine Frauensperson zum Erben einsetzen[s] (legiren kann er ihr, aber nicht über die Hälfte des Vermögens).[t] Eine Ausnahme findet Statt bei der Virgo Vestalis, welche in ihrem Testament auch Frauenspersonen einsetzen durfte.[u] Im neuesten Recht ist dieß weggefallen.

---

e) L. 34 D. de hered. inst. (28, 5): hereditas ex die vel ad diem non recte datur, sed vitio temporis sublato manet institutio. § 9 Inst. de hered. inst. (2, 14). Daher auch die Unmöglichkeit der Ademtion L. 13 § 1 D. de lib. et post. (28, 2): regula est iuris civilis, qua constitutum est, hereditatem adimi non posse.

f) Gaius III 98 § 10 Inst. de hered. inst. (2, 14) L. 3 D. de cond. (35, 1): obtinuit impossibiles condiciones testamento adscriptas pro nullis habendas § 204 Savigny System III § 124.

g) L. 14 D. de cond. inst. (28, 7).

h) L. 72 § 5 L. 63 § 1 L. 64 § 1 L. 79 § 4 D. de cond. (35, 1).

i) L. 2. 3 C. de indicta vid. (6, 40) Vat. fragm. § 58.

k) Nov. 22 c. 43. 44.

l) L. 71. 72 D. de hered. inst. (28, 5).

m) L. 6 § 2 D. de hered. inst. (28, 5).

n) Gaius II 185—190.

o) L. 5. 6 C. de necess. serv. (6, 27) pr. Inst. de hered. inst. (2, 14).

p) arg. L. 18 § 1 L. 26 qui test. (28, 1).

q) Gaius II 110.

r) Savigny über die Lex Voconia. Abh. der Berliner Academie 1820. Hasse zur Lex Voconia. Rhein. Mus. III 183—215. Bachofen die Lex Voconia 1843. [Rudorff Jahrb. für wissenschaftliche Kritik 1814. Num. 58. Vangerow über die lex Voconia. Academisches Programm 1863. R.]

s) Cic. in Verr. I 42; voconia lex — sanxit — qui post eos censores census esset ne quis heredem virginem neve mulierem faceret. Gai. II 274: mulier — ab eo, qui centum milia aeris census est, per legem voconiam heres institui non potest. Gell. VII 13: in M. Catonis oratione, qua voconiam legem suasit, quaeri solet, quid sit *classicus*. quid infra classem? — *classici* dicebantur primae tantum classis homines, qui centum et viginti quinque milia aeris ampliusve censi erant.

t) Quintil. declam. 264: fraus legis voconiae ne liceat mulieri nisi dimidiam partem bonorum legare. [Daher die partitio: Cic. pro Cluent. c. 7 pro Caecina c. 7. Orelli Inscr. n. 4859 fin. Apulei. metam. IX 210 cum uxore mea partiario tractabo, nec erciscundae familiae, sed communi dividundo formula dimicabo und die Accrescenz § 309 d. R.]

u) Cic. de re publ. III 10: cur virgini vestali sit heres, non sit matri suae? [Die Einsetzung ist der Ersatz für die verlorene Intestaterbfolge der Familie § 302 l. R.] Sonst

— 5) Incerta corpora, d. h. juristische Personen. Als Grund wird angegeben, sie könnten das Erbrecht nicht erwerben. Daher mußte ihnen durch besondere Rechtsvorschriften Befugniß ertheilt werden, durch Repräsentanten zu erwerben. Dieß ist nun schon in der dritten Periode in Beziehung auf einige geschehen, Municipien können von ihren Freigelassenen, gewisse Götter können allgemein zu Erben eingesetzt werden, durch Senatsschlüsse wurde bestimmt, daß den öffentlichen Communen und einigen andern Corporationen legirt werden könne. Im justinianischen Recht waren fähig: die Kirche, piae causae, öffentliche Communen; andere nur, wenn sie das Recht durch besondere Concession erhalten haben.[v]) — 6) Ueberhaupt incertae personae, z. B. wer zuerst zu meiner Leiche kommt, wer zuerst nach meinem Tod Consul sein wird. Indessen gab es schon eine mildere Meinung: sub certa demonstratione, z. B. ex cognatis meis, qui nunc sunt, si quis filiam meam uxorem duxerit, sei die Einsetzung möglich.[w]) Justinian hat diese Beschränkung ganz aufgehoben.[x]) Es kommt also nur darauf an, daß die Ungewißheit in Gewißheit übergehen kann und übergeht. — 7) Postumi, noch ungeborne, werden ebenfalls als incertae personae angesehen.[y]) Ausgenommen sind die postumi sui, d. i. diejenigen, welche jetzt noch nicht sui des Testators sind, aber es werden können, 1) weil sie noch nicht geboren sind a) zur Zeit des Todes des Testators, b) zur Zeit des Testaments; 2) wegen eines andern Umstandes: a) durch Wegfallen eines Vorgängers, b) durch causae probatio, c) durch postliminium, oder manumissio ex mancipio, d) durch Adoption und in manum conventio. Das Interesse der Einsetzungsmöglichkeit besteht in der Verhütung der Ruption des Testaments. Schon das alte Jus civile (ius antiquum) gestattete es bei den nach dem Tod des Testators Geborenen. Dann die Lex Junia Velleja bei denen, welche bei Lebzeiten desselben, nach dem Testament geboren oder durch Wegfall eines Vorgängers Sui geworden waren. Noch in andern Fällen, die nicht wörtlich im Gesetz enthalten sind, wurde es ex sententia legis angenommen.[z]) Postumi alieni konnten nicht eingesetzt werden.[aa]) Erst Justinian gestattete dieß, wie überhaupt die Einsetzung einer persona incerta, wenn sie nur nachher gewiß wird.[bb]) — Von der Unfähigkeit eingesetzt zu werden ist unterschieden die Unfähigkeit das Hinterlassene zu erwerben, Incapacität. Incapax kann jemand sein, dessen Einsetzung vollkommen gültig ist, so z. B. ein Cälebs nach der Lex Julia und Papia. Solche Fälle giebt es noch im neuesten Recht, z. B. können die Concubine und ihre Kinder zusammen beim Vorhandensein ehelicher Nachkommen nur ein Zwölftel,[cc]) ein zweiter Ehegatte nicht mehr als ein Kind erster Ehe erhalten.[dd])

---

giebt es keine Ausnahme, es ist unrichtig, wenn man eine Ausnahme für Töchter und Schwestern behauptet hat, bloß wegen Paul. II 8, 22, der von der Beschränkung der gesetzlichen Erbfolge voconiana ratione spricht.

v) Gaius II 195 Ulpian. XXII 6 XXIV 28 L. 20 D. de reb. dub. (34, 5) L. 1 C. de ss. eccl. (1, 2) L. 49 C. de ep. et cler. (1, 3) L. 8. 12 C. de hered. inst. (6, 24).

w) Gaius II 238.

x) § 27 Inst. de legatis (2, 20).

y) Gaius II 242.

z) Ulpian. XXII 19 L. 29 D. de lib. et post. (28, 2).

aa) Gaius II 241. 242 pr. Inst. de bon. poss. (3, 1).

bb) § 27. 28 Inst. de legat. (2, 20). [Cod. 6, 48: de incertis personis.]

cc) Nov. 89 c. 12 § 2.

dd) L. 6 C. de sec. nupt. (5, 9) Nov. 22 c. 27. 28.

CCCIX. Es sind mehrere Grade bei der Erbeinsetzung möglich, so daß der folgende die Erbschaft erhalten soll, wenn der vorausgehende wegfällt. Dieß heißt substitutio, [a]) Ernennung eines Erben unter der Bedingung, daß ein anderer vorher ernannter nicht Erbe werden würde, z. B. Titius heres esto (institutus), si Titius heres non erit, Mevius heres esto (substitutus), si Mevius heres non erit, Sempronius et Gaius heredes sunto (substitutus substituti). Diese Substitution kann in jedem Testament vorkommen, vulgaris substitutio. So wie der Institut Erbe wird, erlischt die Substitution. Im entgegengesetzten Fall wird der Substitut Erbe, wie wenn er unbedingt instituirt wäre. [b])

Bei unmündigen Kindern, die Sui des Testators sind, ist der Substitution noch eine besondere Wirkung gegeben worden. Sie ist auch für den Fall möglich, das jenes eingesetzte Kind Erbe wird, aber in der Unmündigkeit verstirbt, und mit der Wirkung, daß der Substitut das ganze Vermögen erhält. Dieß heißt substitutio pupillaris. [c]) Sie wird aufgefaßt als Testament des Vaters für das Kind, der Vater kann dem Pupillen einen Erben ernennen für den Fall, daß er in der Unmündigkeit versterben würde. [d]) Daher setzt sie ein gültiges väterliches Testament voraus, dessen sequela die Pupillarsubstitution ist. Sie kann entweder im väterlichen Testament geschehen (gewöhnlich besonders verschlossen), oder in einem besondern nachfolgenden. Es ist dieß also Ein Testament über zwei hereditates.

Bei einem Pupillen können Vulgar- und Pupillarsubstitutionen verbunden sein, duplex substitutio, z. B. filius heres mihi esto, si heres non erit, sive erit et intra pubertatem decesserit, tunc Gaius Seius heres esto. Ja es soll sogar stillschweigend in der Pupillarsubstitution auch die Vulgarsubstitution begriffen werden. Nach einer Constitution Marc Aurel's auch umgekehrt, also ist jeder Substitut eines Pupillen im Zweifel [e]) in utrumque casum (in primum et secundum) substituirt. [f]) Zur Zeit der freien Republik war beides noch zweifelhaft. [g])

Es kann dem Erben auch ein Fideicommissar substituirt werden, für den Fall, daß er Erbe wird, d. h. unter einer Bedingung festgesetzt werden, die Erbschaft als Fideicommiß herauszugeben, substitutio fideicommissaria s. precaria. [h])

Wenn jemand Kinder hat, die aus andern Gründen nicht testiren können, z. B. taube, stumme, wahnsinnige, so kann er ihnen nach Analogie der Pupillarsubstitution einen Erben ernennen, für den Fall des Versterbens in diesem Zustand, vermöge besonderer Concession des Regenten. Justinian hat es den Ascendenten von Wahnsinnigen allgemein gestattet, substitutio quasi pupillaris, jedoch mit gewissen Einschränkungen. [i])

---

a) Gai. II 174—184 Inst. II 15. 16 Dig. XXVIII 6: de vulgari et pupillari substitutione. Cod. VI 26: de impuberum et aliis substitutionibus.

b) Gaius II 174—178. Inst. II 15: de vulgari substitutione.

c) Gaius II 179—182 Inst. II 16: de pupillari substitutione.

d) Manche halten die Pupillarsubstitution ursprünglich für eine Vulgarsubstitution; vgl. Vangerow Leitfaden § 452. Dagegen ist aber, daß erst Marc Aurel die Pupillarsubstitution in der Vulgarsubstitution begriffen sein läßt.

e) L. 4 C. de impub. et al. subst. (6, 26).

f) L. 4 pr. § 1 D. de vulg. et pup. (28, 6).

g) Cic. de orat. I 39.

h) Gaius II 183. 184 § 9 Inst. de pup. subst. (2, 16).

i) L. 42 pr. D. de vulg. (28, 6) L. 9 C. de impub. subst. (6. 26) § 1 Inst. de pup. subst. (2, 16) Puchta Pandekten § 479.

CCCX. Es giebt Perſonen, welche der Teſtator nicht durch bloßes Uebergehen derſelben bei der Erbeinſetzung, praeteritio, von ſeiner Erbſchaft ausſchließen kann, die in dieſem Fall, obwohl nicht eingeſetzt, doch erben, ja das Teſtament ungültig machen.[a]) Sollen dieſe Perſonen wirklich ausgeſchloſſen werden, ſo muß dieß ausdrücklich geſchehen, durch die Erklärung, daß ſie nicht Erben ſein ſollen: exheres esto, exheredes sunto. Dieſe ausdrückliche Ausſchließung von der Erbfolge heißt Enterbung, exheredatio. Die Enterbung iſt nicht bedingt möglich, ausgenommen wenn Einſetzung unter einer Bedingung vorausgegangen und auf den entgegengeſetzten Fall enterbt iſt. Dieſe Enterbung iſt bei der bedingten Einſetzung immer nöthig, wenn nicht die Bedingung rein poteſtativ iſt.[b])

Nach Jus civile iſt dieß der Fall bei den Sui, nach jener alten Rechtsanſicht, daß ſie von ſelbſt erben, wenn ſie nur nicht ausgeſchloſſen ſind,[c]) von sui liberi ſowohl als den postumi. Bei Filii muß die Exheredation nominatim geſchehen, d. h. ſpeciell auf die beſtimmte Perſon gerichtet ſein, obwohl nicht gerade mit Nennung des Namens.[d]) Bei andern (Töchter, Enkel) iſt es genug, wenn der Teſtator am Ende der Erbeinſetzung die Worte hinzugeſetzt hat: ceteri exheredes sunto; exheredatio inter ceteros.[e]) Nur bei Poſtumi dieſer Art iſt es nothwendig, daß ihnen etwas vermacht, ihrer alſo ſonſt im Teſtament irgendwie gedacht wird, damit man wiſſe, daß der Teſtator an ſie gedacht, ſie alſo wirklich unter den ceteri begriffen habe.[f]) Juſtinian hat die exheredatio nominatim facta bei allen Sui gefordert.[g]) — Der Prätor vermehrte jene Perſonen (§ 319). — Juſtinian endlich dehnte die Nothwendigkeit der Nichtpräterition zuletzt auf alle ſucceſſionsberechtigte Deſcendenten (Sui oder nicht) und Aſcendenten aus, und forderte Anführung einer geſetzlichen Urſache, indem er vierzehn Urſachen, aus denen Deſcendenten, acht, aus denen Aſcendenten enterbt werden können, feſtſetzte.[h])

Nach einem edictum D. Augusti konnte ein filius miles gar nicht exherédirt werden. Dieſe Beſtimmung wurde nachher wieder aufgehoben.[i])

---

a) Gaius II 123—137. Inst. II 13: de exheredatione liberorum. Dig. XXVIII 2: de liberis et postumis heredibus instituendis vel exheredandis. Cod. VI 28: de liberis praeteritis vel exheredatis. 29: de postumis heredibus instituendis, vel exheredandis, vel praeteritis. [Töchter und Enkel hatten nur ein ſogenanntes ius accrescendi auf einen Kindestheil, höchſtens die Hälfte (Note g). Dieß hängt mit der Sitte zuſammen, ihnen nur eine bewegliche Erbſchaftsquote zu legiren. In der Laudation der Murdia (Orelli 4860) — Rudorff Zeitſchr. f. R. G. IX (1870) S. 288 — heißt es v. 4 omnes filios aeque fecit heredes partitione filiae data, vgl. L. 164 D. de V. S. (50, 16) Rudorff S. 311. 314. Der höhere honor der Erbeinſetzung blieb dem männlichen Geſchlecht vorbehalten Gai. II 207 L. 5 § 6 D. de leg. praest. (37, 5). Erſt dem ſpätern Notherbrecht genügte ein bloß formales Ehrenrecht nicht mehr, es wurde zugleich ein materielles Pflichttheilsrecht. Es war daher nur conſequent, daß Juſtinian das Vorrecht des Mannsſtamms ausglich, wie es ſchon der Prätor in der Bonorum Poſſeſſio gethan hatte. A. Schmidt das formelle Recht der Notherben. 1862. S. 1—62. R.]

b) L. 4—6 § 1 L. 87 D. de hered. inst. (28, 5) L. 4 C. de inst. et subst. (6, 25).

c) L. 11 D. de lib. et post. (28, 2).

d) Cic. de or. I 38. Gaius II 123. 127. Ulpian. XXII 16. pr. Inst. de exhered. (2, 13).

e) Ulpian. XXII 20.

f) Ulpian. XXII 21. 22.

g) L. 4 C. de lib. praet. (6, 28) § 5 Inst. de exhered. (2, 13).

h) Nov. 115 (542). [A. Schmidt a. a. O. S. 153 f.]

i) L. 26 D. de lib. et post. (28, 2).

CCCXI. Die Ungültigkeit eines Testaments[a]) kann Nullität sein, wenn das Testament ipso iure durch einen gewissen Umstand, wegen eines gewissen Mangels, als nicht vorhanden zu betrachten ist, nullum testamentum, wie wenn gar nichts geschehen wäre; oder Rescissibilität, wenn der Mangel jemand das Recht giebt, auf Rescission des Testaments anzutragen, so daß ipso iure das Testament besteht, aber durch den Gebrauch des rescissorischen Rechtsmittels ungültig wird.

Ein Testament kann ferner von Anfang an nichtig sein, testamentum iniustum, non iure factum, aber auch nachher nichtig werden, durch einen vernichtenden Umstand, der erst nachher eintritt, ruptum, irritum, destitutum.

Ein Testament kann ungültig sein oder werden:

1) wegen Unfähigkeit des Testators. Der Testator muß nicht bloß zur Zeit der Errichtung fähig sein, sondern es auch bleiben bis zum Tod, sonst ist das Testament irritum. Dieß gilt aber nicht bei factischer Unfähigkeit, z. B. Wahnsinn, sondern nur im Fall einer capitis deminutio,[b]) nicht durch Kriegsgefangenschaft des Testators, denn entweder kehrt er postliminio zurück, dann ist alles restaurirt, oder er stirbt darin, dann wird nach der Lex Cornelia fingirt, daß er im Augenblick der Gefangennehmung gestorben sei.[c])

2) wegen eines Mangels in der Form (§ 306), die genau zu beobachten ist, sonst ist nullum testamentum.

3) wegen eines Mangels in der Erbeinsetzung. Ein Hauptgrund ist die Präterition eines Suus, präterirt ist dieser, wenn er weder gehörig eingesetzt noch gehörig enterbt ist. Nichtigkeit indessen tritt nach altem Recht hier nur ein, wenn ein Sohn präterirt ist; wenn Töchter oder Enkel übergangen sind, so accresciren sie den eingesetzten Erben in partem, bei eingesetzten Sui in partem virilem, bei anderen in dimidiam partem.[d]) Stirbt der Sohn auch vor dem Testator, so ist und bleibt doch das Testament ungültig nach der Meinung der Sabinianer, nach der Meinung der Proculianer soll sich die Ungültigkeit erst beim Tod des Testators entscheiden, wenn da der Präterirte noch lebt.[e]) Jenen Unterschied hat Justinian aufgehoben, nach ihm ist das Testament stets ungültig.[f])

Die Nichtigkeit tritt dann auch ein, wenn nachher ein präterirter Suus entsteht, durch agnatio postumi, das Testament ist dann ruptum. Jeder präterirte Postumus vernichtet das Testament. Dieß kann durch Einsetzung oder Enterbung abgewendet werden; aber nicht bei allen. Bei dem nach dem Testament Adoptirten, oder der Frau, die in die Manus gekommen, oder dem filius ex prima secundaque mancipatione manumissus ist keine Exheredation möglich, da sie Extranei sind, und die Institution hilft nicht, da sie nicht als Sui instituirt sind.[g]) Später wurde bei der Institution eine Ausnahme ge-

---

a) Gai. II 138—151 Ulpian XXIII Inst. II 17: quibus modis testamenta infirmantur. Dig. XXVIII 3: de iniusto, rupto, irrito facto testamento.

b) Ulpian. XXIII 4.

c) Ulpian. XXIII 5 § 5 Inst. quib. non est perm. (2, 12).

d) Gai. II 124 Ulpian. XXII 17.

e) Gai. II 123. 124. Man konnte sagen, vor dem Tod existirt das Testament nicht, es kann also auch nicht nichtig sein, überhaupt es kann die Existenzfrage für die Zeit vor dem Tod gar nicht statthaft sein.

f) L. 4 C. de lib. praet. (6, 28).

g) Gaius II 138—142. [Ein lehrreiches Beispiel giebt die Grabrede auf die Turia I 13—25 Mommsen Abh. der Acad. 1864 S. 460: Temptatae deinde estis, ut testamen *tum patris*, quo nos eramus heredes, rupt*um diceretur*) coëmptione facta cum uxore: ita necessario

macht.[h]) Ebenſo iſt die Inſtitution und Enterbung ohne Nutzen bei der causae probatio (erroris causa). Davon wird eine Ausnahme gemacht, wenn ſie nach dem Tod des Teſtators erfolgt, nach einem Senatusconſult unter Hadrian.[i])

Nach dem neuſten Recht der Novelle 115 macht die Präterition das Teſtament nicht mehr nullum, ſondern die Präterirten haben gegen das Teſtament die hereditatis petitio rescissoria, wodurch ſie die eingeſetzten Erben verdrängen, jedoch nur gegen die Erbeinſetzung, nicht den übrigen Inhalt des Teſtaments.

4) wegen Erfolgloſigkeit der Erbeinſetzung. Wenn niemand aus dem Teſtament Erbe wird, ſo iſt das Teſtament irritum oder destitutum, mögen die eingeſetzten nicht wollen oder nicht können.[k]) Die eingeſetzten Erben müſſen fähig ſein zur Zeit der Einſetzung und dann zur Zeit der Delation (Tod oder Exiſtenz der Bedingung), von da ununterbrochen bis zum Erwerb.[l])

5) durch Widerruf. Hier iſt das Teſtament ruptum. Der Widerruf geſchieht durch ein ſpäteres Teſtament, das iure factum iſt, wenn es nachher auch wieder ungültig wird.[m]) Sodann durch Vernichtung der Urkunde in dieſer Abſicht,[n]) durch bloßen natürlichen Widerruf wird die Erbeinſetzung nicht aufgehoben.[o]) Doch hat er dieſe Wirkung nach juſtinianiſchem Recht, wenn er apud acta oder vor drei Zeugen erklärt iſt und überdieß zehn Jahre abgelaufen ſind.[p])

In allen dieſen Fällen der Nichtigkeit des Teſtaments iſt es mit ſeinem ganzen Inhalt nichtig. Auch die Verfügungen, die nicht nothwendig ein Teſtament vorausſetzen, wie Fideicommiſſe, wenn ſie nicht auch dem Erben aus einem frühern Teſtament oder den Inteſtaterben auferlegt ſind.

Der Teſtator kann vorſorglich den ganzen Inhalt ſeines Teſtaments eventuell für fideicommiſſariſch erklären, für den Fall, daß es nicht als Teſtament gelten ſollte, wenn wenigſtens die Erforderniſſe von Fideicommiſſen vorhanden ſind, d. h. ſein Teſtament ſolle eventuell als Codicill gelten (Codicillarclauſel).[q])

6) Ein wichtiger Grund der Ungültigkeit, aber nur der Reſciſſibilität, iſt noch die Inofficioſität des Teſtaments.[r]) Ein Teſtament iſt inofficiosum, wenn

---

te cum universis pat(*ris bonis in*) tutelam eorum, qui rem agitabant, reccidisse, sororem omni(*um rerum*) fore expertem, quod emancupata esset Cluvio. Es wird dann gerühmt, daß die Verſtorbene auf dieſe Zumuthung nicht einging. R.]

h) L. 18 D. de iniusto test. (28, 3) L. 23 § 1 D. de lib. et post. (28, 2).

i) Gaius II 142. 143. *k*) Gaius II 144.

l) § 4 Inst. de hered. qual. (2, 19) L. 49 § 1 D. de hered. inst. (28, 5).

m) Gai. II 144 Ulpian. XXIII 2 § 2 Inst. quib. mod. test. (2, 17).

n) L. 20 D. de iniusto (28, 3) L. 1 § 8 D. si tabb. test. nullae (38, 6). [Dieſer Satz wird jedoch durch beide Stellen nicht bewieſen, vgl. L. 4 § 10 D. de doli m. exc. (44, 4) und widerſpricht überdies dem civilrechtlichen Princip der Formalgeſchäfte: L. 35 D. de R. I. (50, 17). Jetzt wird vollends jeder Zweifel beſeitigt durch Studemund's neue Leſung von Gai. II § 151: Potest, ut iure facta testamenta contraria voluntate infirmentur. Apparet *autem* non posse ex eo solo infirmari testamentum, quod postea testator id noluerit valere, usque adeo, ut si linum eius inciderit, nihilo minus iure civili valeat. Quin etiam si deleverit quoque aut combusserit tabulas testamenti, nihilo minus *non* desinent valere quae fuerant scripta licet eorum probatio difficilis sit. Vgl. Krüger über den formloſen Widerruf der Teſtamente in deſſen krit. Verſuchen 1870 S. 13. R. — Gegen Glück-Leiſt Pandekten Serie der Bücher 37. 38 Band IV S. 140—300 vgl. Krüger Zeitſchr. für Rechtsgeſch. XVI S. 53 ff.]

o) L. 15 § 1 D. de lib. et post. (28, 2) L. 17 § 2 D. de test. mil. (29, 1).

p) L. 27 D. de testam. (6, 23). Vgl. L. 6 C. Th. de testam. (4, 4).

q) Siehe unten § 320 hh.

r) Paul. sent. IV 5 Inst. II 18 Dig. V 2 Cod. III 28 (Cod. Th. II 19): de inofficioso testamento.

der Testator einer Person nichts oder zu wenig hinterlassen hat, deren Ausschließung überhaupt oder unter diesen Umständen als Verletzung der Pietät erscheint. Das Testament muß formell gültig sein, dann erst kann dieser materielle Mangel zur Sprache kommen, z. B. wenn der Testator ein Kind präterirt hat, so ist das Testament nicht inofficiosum, sondern erst wenn er es in gehöriger Form enterbt hat. Das Jus civile giebt den so ausgeschlossenen Personen das Recht, das Testament deshalb innerhalb fünf Jahren[s], mit der querela inofficiosi testamenti unter dem Vorwande anzufechten, daß der Erblasser in blinder Leidenschaft gehandelt habe (quasi non sanae mentis fuisset, color insaniae),[t] früher war das Centumviralgericht insonderheit die competente Behörde. Das Gericht untersucht, ob der Testator wirklich unter den vorhandenen Umständen pflichtwidrig gehandelt habe. Der Kläger muß sein gutes Verhalten nachweisen, es steht ihm die exceptio ingratitudinis entgegen.[u] Ferner kann von Einfluß sein, wer dem Kläger vorgezogen ist. Daß Kinder und Eltern das Recht der Querel haben, war nie bezweifelt, Ulpian sagt, wer nicht zu den Geschwistern gehöre, solle nicht glauben, daß er damit durchdringe[v], Diocletian und Maximian rescribiren dieß als einen bestimmten Rechtssatz.[w], Constantin verordnete, daß von den Seitenverwandten nur die agnatischen Geschwister die Querel haben sollten, und nur turpi persona praelata.[x], Justinian hat diese Bestimmung in seinen Codex aufgenommen, nur germani und consanguinei sollen das Recht haben, ohne Rücksicht aber auf die Agnation.[y] Wie viel jemand hinterlassen sein müsse, war ursprünglich auch dem Ermessen des Richters überlassen. Die römischen Juristen wandten die Analogie der Falcidia an, ein Viertel der Intestaterbportion, daher legitima portio (Pflichttheil.[z]) Justinian verordnete in der Novelle 18 c. 1, daß, wenn die Intestaterbschaft in nicht mehr als vier Theile gehen würde, ein Drittel, wenn in mehr, die Hälfte hinterlassen werden müsse.

Die Klage geht auf Rescission des ganzen Testaments mit seinem ganzen Inhalt, und es tritt Intestaterbfolge ein.[aa]) Diese Wirkung kann theilweise eintreten, wenn die Klage nur gegen einen von mehreren Erben geht, hier wird das Testament pro parte rescindirt, der Erblasser bleibt pro parte testatus.[bb]) Eine nothwendige Modification des Grundsatzes, daß nicht Erben verschiedener Art neben einander bestehen können.[cc]) Nach justinianischem Recht soll, wenn nur zu wenig hinterlassen ist, das Fehlende ergänzt werden, wie wenn es der

---

s) Nach ältestem Recht vielleicht in zwei Jahren. Gothofr. ad L. 5 C. Th. de inoff. test. (2, 19). Plin. V 1: scis te non subscripsisse mecum (centumvirale iudicium et iam biennium transisse omniaque me usu cepisse.

t) L. 2. 5 D. de inoff. test. (5, 2).

u) L. 19. 23 C. de inoff. test. (3, 28).

v) L. 1 D. de inoff. test. (5, 2) Val. Max. VII 8, 4.

w) L. 21 C. eodem (3, 28).

x) L. 1 C. Th. de inoff. test. (2, 19).

y) L. 27 C. eodem. (3, 28).

z) L. 8 § 8 D. de inoff. test. (5, 2). Vgl. Plin. V 1: si mater, inquam, te ex parte quarta scripsisset heredem, num queri posses? Quid, si heredem quidem instituisset ex asse, sed legatis ita exhausisset, ut non amplius apud te quam quarta remaneret? Igitur sufficere tibi debet, si, exheredatus a matre, quartam partem ab heredibus eius accipias.

aa) L. 8 § 16 L. 13 D. eodem.

bb) L. 19. 24 D. eodem.

cc) L. 15 § 2 D. eodem. (Papinian): nec absurdum videtur, pro parte intestatum videri.

Teſtator anbefohlen hätte, actio ad supplementum legitimae.[dd]) Nach der Novelle 115 hat die Querel nur die Reſciſſion der Erbeinſetzung zur Folge. Ferner bei Eltern und Kindern muß der eingeſetzte Erbe die Enterbungsurſache beweiſen. Die Beſtimmung, daß gewiſſen Perſonen etwas hinterlaſſen werden muß, könnte der Erblaſſer durch Schenkung inter vivos umgehen, wodurch er den Pflichttheil verkürzt. Auch dagegen wird geholfen durch die querela inofficiosae donationis oder dotis.[ee])

Das Verhältniß der Grundſätze über die Inofficioſität zu den obigen über die Präterition iſt dieſes: Durch die Grundſätze von der Präterition und der Querel giebt es eine Erbfolge gegen den Willen des Erblaſſers, als einen dritten Fall zu der ohne und der mit ſeinem Willen. Dieſe Erbfolge heißt Notherbfolge, die Perſonen, die eine ſolche haben können, Notherben. Die Notherbfolge kann eintreten 1) wegen Präterition, nach altem Civilrecht nur bei Sui, nach neuſtem Recht bei Deſcendenten und Aſcendenten, 2) wegen Ausſchließung der Pflichttheilsberechtigten vom Pflichttheil mit der querela inofficiosi testamenti. Die Perſonen ſind theils dieſelben, theils andere: Geſchwiſter.

Dort iſt es ein Mangel der Form, hier ein materieller Mangel, der die Notherbfolge hervorbringt. Dort das nicht gedenken, hier das nicht bedenken.

B. Erwerbung des Erbrechts.[a])

CCCXII. Es giebt Erben, welche ipso iure Erben werden, ſobald die Delation an ſie erfolgt iſt, ohne ihren Willen, ja wider ihren Willen, bei denen alſo Delation und Adquiſition zuſammenfallen, und welche daher necessarii heredes genannt werden.[b]) Solche ſind: 1) Sclaven des Erblaſſers, die er mit der Freiheit eingeſetzt hat, ebenſo die in ſeinem Mancipium, die er mit Freiheit eingeſetzt hat, necessarii ſchlechtweg, 2) Sui des Erblaſſers, ſie mögen ab intestato oder ex testamento berufen ſein, sui et necessarii.

Jene Nothwendigkeit kann dieſen Perſonen gefährlich werden bei Ueberſchuldung der Erbſchaft. Der Prätor hat ihnen deshalb geſtattet, die Erbſchaft abzulehnen: abstinere se ab hereditate, beneficium abstinendi. Hier ſind ſie nach Ius civile Erben, aber ſie werden in den Folgen ſo beurtheilt, wie wenn ſie die Erbſchaft ausgeſchlagen hätten. Dieß fällt weg, wenn ſie eine Handlung vorgenommen haben, die auch einen voluntarius zum Erben gemacht hätte, d. h. wenn ſie ſich eingemiſcht haben, immiscere se hereditati. Dieß dürfen ſie weder vorher noch nachher, ſonſt verlieren ſie das Beneficium, ſie müſſen ſich wirklich von der Erbſchaft und allen Sachen enthalten. Nur den Im-

---

dd) L. 30. 35 § 2 C. eodem. Vgl. ſchon Paul. sent. IV 5 § 8: filius iudicio patris si minus quarta portione consecutus sit, ut quarta sibi a coheredibus fratribus citra inofficiosi querelam impleatur, iure desiderat.

ee) C. Theod. II 20 Cod. III 29: de inofficiosis donationibus. Cod. Theod. II 21 Cod. III 30: de inofficiosis dotibus. Fragm. Vat. § 270. 271. 280. 282. 293.

a) Gai. II 152—173 Inst. II 19: de heredum qualitate et differentia. Dig. XXIX 2: de adquirenda vel omittenda hereditate. Cod. VI 30: de iure deliberandi et de adeunda vel adquirenda hereditate.

b) Gai. II 152—160 pr. § 2 Inst. de heredum qualitate et differentia. Dig. XXIX 2: de adquirenda vel omittenda hereditate. Cod. VI 30: de iure deliberandi et de adeunda vel adquirenda hereditate. 31: de repudianda vel abstinenda hereditate.

puberes schadet die Immixtion nicht.[c]) Das Beneficium steht aber nur den sui et necessarii und den in mancipio befindlichen zu, nicht den Sclaven.[d]) Diese werden auf andere Weise gesichert, sie haften den Gläubigern nur so weit die Erbschaft reicht.[e]) Namentlich bei Insolventen war die Einsetzung von Sclaven gewöhnlich, um dem Schimpf der proscriptio et venditio bonorum zu entgehen.[f])

Alle andern (extranei) heredes sind voluntarii, d. h. sie werden nur durch ihren Willen Erben. Hier ist also Delation und Adquisition getrennt, jene ist ein vom Willen des Erben unabhängiger Umstand, diese ein Willensact, aditio hereditatis. Worin besteht dieser?[g])

An sich kann der Wille des Erben auf jede Weise erklärt und dadurch das Erbrecht erworben werden. So durch Vornahme von Handlungen als Erbe, pro herede gestio.[h]) Aber auch nuda voluntate, durch bloße wörtliche Erklärung. Die ausdrückliche Erklärung wird insonderheit aditio genannt, geschehe sie mit Cretion oder ohne diese Form. Umgekehrt verliert man das Erbrecht durch ausdrückliche Erklärung, repudiatio hereditatis.[i]) Auch diese setzt voraus, daß die Delation erfolgt ist, vor der Delation ist weder Erwerbung noch Ausschlagung möglich.[k])

Der Erbe ist hier an keine Zeit gebunden. Aber die Gläubiger können den Prätor angehen, der dem Erben eine Frist setzt (gewöhnlich 100 Tage, innerhalb deren er sich die Antretung oder Ausschlagung überlegen kann; nach Ablauf der Frist ohne Erklärung werden dann die Gläubiger in die Güter immittirt, um sie zu verkaufen.[l]) Dasselbe Recht hat auch der Substitut. Diese Frist heißt spatium deliberandi. Aber auch ohne von andern Personen gedrängt zu sein, kann der Erbe sich ein solches erbitten.[m])

Der Testator kann selbst eine Anordnung über Form und Zeit der Antretung treffen, indem er den Erben cum cretione instituirt. Darin liegt die Bestimmung einer Frist, innerhalb welcher der eingesetzte Erbe sich förmlich erklären muß, ob er die Erbschaft will. Sowohl die Ueberlegungsfrist als die förmliche Erklärung heißt cretio. Die Anordnung der erstern cretionem dare, die Abgabe der letztern cernere hereditatem.[n]) Die Formel der Erklärung ist

---

c) L. 57 pr. § 1 D. de adqu. hered. (29, 2). *d*) Gaius II 160 L. 57 § 2 D. eodem.

e) Gaius IV 155 L. 1 § 18 D. de separat. bon. (42, 6).

f) Gaius II 154. [Die Lex Aelia Sentia gestattete hier die Freilassung und Einsetzung selbst in fraudem creditorum L. 2 C. de necessariis heredibus instituendis (6, 27) § 213 ii. R.]

g) Gaius II 164—178 § 3—7 Inst. de hered. qual. (2, 19).

h) L. 20 pr. D. de adqu. hered. (29, 2): Pro herede gerere videtur is, qui aliquid facit quasi heres. Et generaliter Iulianus scribit, eum demum pro herede gerere, qui aliquid quasi heres gerit, pro herede autem gerere non esse facti quam animi: nam hoc animo esse debet, ut velit esse heres. Ceterum si quid pietatis causa fecit, si quid custodiae causa fecit, si quid quasi non heres egit, sed quasi alio iure dominus, apparet non videri pro herede gessisse.

i) Cod. VI 31: de repudianda vel abstinenda hereditate.

k) L. 17 § 1 D. de adqu. hered. (29, 2): Heres institutus idemque legitimus si quasi institutus repudiaverit, quasi legitimus non amittit hereditatem, sed si quasi legitimus repudiavit, si quidem scit se heredem institutum, credendus est utrumque repudiasse, si ignorat, ad neutrum ei repudiatio nocebit, neque ad testamentariam, quoniam hanc non repudiavit, neque ad legitimam, quoniam nondum ei fuerat delata.

l) Gaius II 167.

m) L. 1 § 1 D. de iure delib. (28, 8): Ait praetor: *si tempus ad deliberandum petet(ur), ego dabo.* Cum dicit *tempus* nec adiicit diem, sine dubio ostendit, esse in ius dicentis potestate, quem diem praestituat.

n) Varro de lingua lat. VII 97 (Müller): crevi valet constitui, itaque heres, quom constituit se heredem esse, dicitur cernere et, quom id fecit, crevisse.

folgende: quod me P. Maevius testamento suo heredem instituit, eam hereditatem adeo cernoque, sie muß vor Zeugen geschehen. [o])

Die Frist kann so bestimmt sein, daß nur die Tage, wo die Cretion möglich ist, gezählt werden sollen, wie bei dem utile tempus, und daß selbst die Zeit der Nichtkenntniß von der Zuständigkeit der Cretion nicht eingerechnet wird: Heres Titius esto, cernitoque in C diebus proximis, quibus scies poterisque. Dieß heißt cretio vulgaris.[p]) Fehlen die letzten Worte, so ist die Cretion continua oder certorum dierum, vom Tod des Erblassers an, ohne Rücksicht auf die Möglichkeit. Cernirt der Erbe innerhalb der Frist, so hat er das Recht erworben. Cernirt er nicht, so ist es verloren, aber auch nur durch Ablauf der Frist, omittere hereditatem, nicht durch Repudiation. — Diese Wirkung aber tritt nur ein, wenn hinzugefügt ist: Quodni ita creveris exheres esto; eine solche Cretion heißt cretio perfecta. Fehlt die Exheredation, so ist die Cretio imperfecta ohne Wirkung. Doch ist noch ein besonderer Fall möglich: es kann gesagt sein: si non creveris, Maevius heres esto. Hier hat die Cretion die Wirkung, daß, wenn der Erbe sich nicht erklärt, der Substitut Erbe wird. Aber er braucht nicht zu cerniren, er kann auch sonst seinen Willen erklären; früher wurde hier der Substitut als Miterbe zugelassen, nach einer Constitution Marc Aurel's aber wurde der Substitut ganz ausgeschlossen, wie durch Cretion. [q])

Eine Constitution von Honorius und Arcadius v. J. 407 hebt die cretionum scrupulosa solennitas auf.[r]) Der Testator kann noch einen Termin setzen, innerhalb dessen sich der Erbe erklären muß, aber ohne Förmlichkeit.

CCCXIII. Die Erwerbung setzt die Delation voraus. Nur der Delat kann erwerben. [a]) Wenn ein Sclave eingesetzt ist, so muß er selbst antreten, auf Befehl des Herrn. [b]) Weigert er sich, so ist kein Erwerb der Erbschaft

---

o) Varro de lingua lat. VI 81 (Müller): et quod in testamento *cernito*, id est facito, videant te esse heredem: itaque in cretione adhibere iubent testes. Cic. ad Att. XIII. 46: cognovi cretionem Cluvii — liberam cretionem, testibus praesentibus, sexaginta diebus — tabellarius — attulit — exemplum testamenti.

p) Gaius II 171. 172 Ulpian. XXII. 31. 32 Cic. de or. I 22: ut in cretionibus scribi solet, quibus sciam poteroque. Zeitschr. für gesch. Rechtswiss. XII 314.

q) Ulpian. XXII 34. Gaius trägt hier noch das ältere Recht vor, daraus ergiebt sich, daß dieser Abschnitt der Institutionen unter Marc Aurel geschrieben ist.

r) L. 17 C. de iure delib. (6, 30): cretionum scrupulosam solennitatem hac lege penitus amputari decernimus. [Diesen Sinn hat die Stelle jedoch erst in ihrer jetzigen Umgebung. In ihrem ursprünglichen Zusammenhang bezieht sie sich bloß auf die mütterliche oder andere Erbschaften eines Hauskindes, bei deren Erwerb es mit den Formen der Antretung nicht so genau wie früher genommen werden sollte, wie schon Constantin L. 1 § 1 C. Th. de mat. bon. et cretione subl. (8, 18) und in noch größerer Ausdehnung später Theodos und Valentinian L. 1 C. Th. de cretione vel bonorum possessione (4, 1) für den Fall der Infantia des Hausſohns verordneten. Daß die Antretung eines Hausſohns nur durch cretio hätte geschehen können, wie Huschke Studien ꝛc. S. 255 glaubt und zu erklären sucht, ist ganz falsch L. 8 § 1 C. Th. de mat. bonis et cretione sublata (8, 18): filius edicti beneficium petat (Erwerb der Bonorum Possessio) vel de successione suscipienda suam exponat voluntatem (formloser Erwerb der Hereditas), cretionum autem scrupulosam sollennitatem, sive materna filiofamilias sive alia quaedam deferatur hereditas, hac lege emendari penitus amputarique decernimus. R.]

a) L. 151 D. de V. S. (50, 16): delata hereditas intelligitur, quam quis possit adeundo consequi.

b) Gai. II 188—199 Ulpian. XXII 11—13.

möglich.[c]) Eben so bei einem Filiusfamilias, wenn der Vater durch ihn erwirbt.[d]) Das neuere Recht hat diese Bestimmungen modificirt: a) bei einem infans kann der Vater für ihn erwerben. Will nachher das Kind die Erbschaft nicht, so ist der Vater allein Erbe. b) Ein infantia maior erwirbt selbst mit Zustimmung des Vaters. Will er nicht, so erwirbt der Vater allein, will dieser nicht, der Sohn allein, nöthigenfalls mit einem Tutor.[e]) Auch durch einen Procurator, Curator, Tutor kann eine Erbschaft nicht erworben werden.[f]) Der Pupill erwirbt selbst unter Auctoritas des Tutors, nur später wurde eine Ausnahme gemacht bei einem infans, für den der Tutor erwirbt.[g])

Ausnahmsweise kann die Delation auf einen andern übergehen, der dann statt des eigentlichen Delaten erwirbt und Erbe wird, wie wenn ihm deferirt worden wäre (s. g. Transmissionsfälle). Dieß kann geschehen:

1) durch Beerbung des Delaten, der vor der Erwerbung gestorben ist. Dieß war nur in gewissen beschränkten Fällen möglich. So wenn der Erbe während der Deliberationsfrist oder überhaupt während eines Jahres von der Zeit der Kenntniß der Delation ohne Erklärung gestorben ist.[h]) Ferner wenn er durch das S. C. silanianum gehindert war. Dieß trat ein beim gewaltsamen Tod des Erblassers, wo nicht vor der peinlichen Frage der Sclaven angetreten werden durfte.[i]) So gab es noch einige Fälle.[k])

2) durch die väterliche Gewalt. Hier auch, wenn der Delat ausschlägt (Note e § 312 Note r).

3) durch Veräußerung der Delation, in iure cessio hereditatis. Zwei Fälle sind zu unterscheiden. Es kann eine schon erworbene Erbschaft verkauft oder sonst veräußert werden, auch durch in iure cessio. Dadurch hört der Erbe nicht auf dieß zu sein, der Empfänger wird nicht Erbe. Durch den Kauf erhält er nur den Anspruch, daß der Erbe ihm alle Bestandtheile übertrage, das Eigenthum der Sachen, Cession der Forderungen, dagegen verpflichtet er sich, die Passiva zu tragen, stipulationes emtae et venditae hereditatis.[l]) Geschieht die Veräußerung durch In Jure Cessio, so hat diese die Wirkung, daß das Eigenthum der Sachen zusammen übergeht, ohne Nothwendigkeit der Uebertragung der einzelnen. Die Forderungen aber gehen unter: debitores hereditatis lucrum faciunt.

Anders ist es bei der In Jure Cessio eines erst deferirten, noch nicht er-

---

c) L. 65 pr. ad S. C. trebell. (35, 1): in bonorum possessione vel in adeunda hereditate consensus eius (servi) necessarius est.

d) L. 6 pr. § 1 L. 8 § 1 D. de adqu. hered. (29, 2).

e) L. 8 pr. § 1. 6 C. de bon. quae lib. (6, 61) L. 18 pr. § 1. 4 C. de iure delib. (6, 30).

f) L. 90 pr. D. de adqu. hered. (29, 2) L. 53. 54 pr. D. de adqu. rer. dom. (41, 1).

g) L. 18 pr. § 2 C. de iure del. (6, 30).

h) L. 19 C. de iure delib. (6, 30) L. un. § 5 C. de cad. toll. (6, 51).

i) L. 3 § 30 L. 4 D. de S. C. silan. (29, 5).

k) Puchta Pandekten § 504. [Leist Erbrechtsbesitz II (1873) S. 179—251.]

l) [Stipulation des Erbschaftskäufers (emtae hereditatis): *quanta pecunia ex hereditate Titii ad te (heredemve tuum pervenit) pervenerit, dolove malo tuo (heredisve tui) factum est eritve, quo minus perveniat pervenerit*, (tantam pecuniam mihi restitutum actionesque hereditarias praestitum iri spondes?) Gai. II 252 L. 3 § 2—8 D. de hered. vend. 18, 4 L. 95 D. de leg. III (32) L. 50 D. de V. O. (45, 1) L. 97 D. de V. S. (50, 16). Stipulation des Verkäufers: Gai. II 252: ut, quicquid hereditario nomine condemnatus fuisset, sive quid alias bona fide dedisset (L. 2 § 9. 10 D. de hered. vend. 18, 4), eo nomine indemnis esset et omnino si quis cum eo hereditario nomine ageret, ut recte defenderetur. R.]

worbenen Erbrechts. Der Empfänger erhält dadurch die Fähigkeit anzutreten, und wird somit selbst und vollständig, pleno iure Erbe, wie wenn ihm deferirt worden wäre. Diese In Iure Cessio kann aber nur ein legitimus heres vornehmen: ein testamentarischer würde den Willen des Testators ändern.[m]) Ein necessarius kann es natürlich nicht mit dieser Wirkung. Aber nicht wenigstens mit jener ersteren? Nach der Meinung der Proculianer kann er es, nach der der Sabinianer nicht, seine In Iure Cessio hat also gar keine Wirkung.[n])

Der Erwerber muß erbfähig sein (§ 308). Manchen erbfähigen Personen ist aber die Erwerbung durch besondere Gesetze ganz oder theilweise unmöglich gemacht, sie sind unfähig zum capere. Unter den Incapacitäten sind die wichtigsten die durch die Lex Julia (757) und Papia Poppäa (762) eingeführten.[o])

Ehelose, caelibes, und Kinderlose, orbi, sind dadurch beschränkt in Beziehung auf Testamente, Erbeinsetzung und Vermächtniß von Personen, die nicht wenigstens im sechsten Grad mit ihnen verwandt sind.[p])

1) Ein Cälebs erwirbt nach der Lex Julia das ihm in einem solchen Testament Hinterlassene gar nicht, nisi intra centum dies legi paruerit, wenn er nicht innerhalb 100 Tagen (cretio vulgaris) heirathet.[q]) Ausgenommen sind, die des Alters wegen keine Ehe schließen können,[r]) Spadonen,[s]) Verlobte innerhalb zwei Jahren (vorausgesetzt, daß die Braut nicht unter zehn Jahren ist).[t]) Ferner eine Frau nach dem Tod des Mannes ein Jahr, nach der Scheidung ein halbes Jahr (nach der Lex Papia dort zwei, hier anderthalb Jahre),[u]) Vestalische Jungfrauen. Temporär ausgenommen sind Männer über sechzig, Frauen über funfzig Jahre. Ein Senatusconsultum persicianum unter Tiberius bestimmte jedoch 787: die Personen, die bis zu diesem Alter gewartet hätten, sollten immer als Cälibes betrachtet werden. Ein Senatusconsultum claudianum macht davon eine Ausnahme zu Gunsten des sechzigjährigen Mannes, der eine noch nicht funfzigjährige geheirathet hat. Nicht umgekehrt: Senatusconsultum calvisianum unter Nero.[v])

---

m) [v. Scheurl Beitr. 1852 S. 96 wendet ein, dieser Grund beweise zu viel, weil auch das Gesetz nicht geändert werden dürfte, und sucht die Beschränkung auf die legitima hereditas daraus zu erklären, daß bei dieser nicht, wie bei der testamentarischen eine Erneuerung der Delation eintrete (in legitimis hereditatibus successio non est). Dieser Grund aber würde, von andern Einwendungen (das. S. 322) abgesehen, auch den Verkauf treffen und läßt die formale Natur der In Iure Cessio, welche als Scheinvindication wohl auf einen Familienstatus, nicht aber auf eine testamentarische Berufung paßt, außer Acht. — Im Justinianischen Recht wird dieselbe noch in L. 4 § 28 D. de doli exc. (44, 4) L. 1 C. de revoc. his (7, 75) erwähnt. R.]

n) Gaius II 35—37 III 85—87 Ulpian. XIX 13—15 Huschke Studien S. 233—242.

o) Ulpian. XIV. XVI—XVIII. [Hartmann über die Voraussetzungen und Grenzen der Incapacität nach der lex iulia et papia: Zeitschrift für Rechtsgeschichte V (1866) S. 219—255.]

p) Sozomenus hist. eccl. I 9: τοὺς μὴ γένει ἐγγυτάτῳ προσήκοντας. Vgl. Ulpian. XVI 1 Fragm. Vat. § 216—219.

q) Gaius II 111. 144. 286 Ulpian. XVII 1 XXII 3 Fragm. de iure fisci § 3: si post diem centesimum patres caducum vindicent.

r) Ulpian. XVI 1: si uterque vel alteruter eorum nondum eius aetatis sunt, qua lex liberos exigit: id est, si vir minor annorum viginti quinque sit aut uxor annorum viginti minor. Tertullian. apol. 4: nonne vanissimas papias leges, quae ante liberos suscipi cogunt, quam iuliae matrimonium contrahi, post tantae auctoritatis senectutem heri Severus, constantissimus principum, exclusit? Sozom. hist. eccl. I 9: ἀπὸ εἴκοσι καὶ πέντε ἐτῶν.

s) L. 128 D. de V. S. (50, 16) Martial. epigr. V 42.

t) Sueton. Oct. c. 34 Dio. Cass. LIV 16 L. 17 D. de sponsal. (23, 1).

u) Ulpian. XIV.

v) Ulpian. XVI 1. 3. 4 Sueton. Claud. c. 23 Plin. ep. VIII 18 L. 27 C. de nupt.

2) Ein Orbus, d. h. wer verheirathet ist, aber keine Kinder hat, erhält nach der Lex Papia nur die Hälfte des Hinterlassenen.[w]) Eben so wird betrachtet, wer keine lebenden Kinder hat.[x]) Der Mann braucht nur Ein Kind zu haben, um pater zu sein und der poena orbitatis zu entgehen,[y]) dieß kann sogar ein Adoptivkind sein. Ein Senatusconsultum memmianum unter Nero begegnete dem Mißbrauch damit, indem man häufig adoptirte und nach erlangtem Vortheil emancipirte.[z]) Eine Frau muß drei, eine Libertina vier Kinder haben, um nicht orba zu sein.[aa]) Eine Ausnahme tritt ein, wenn die Frau noch nicht 20 oder über 50, der Mann noch nicht 25 Jahre oder über 60 alt ist. Ferner wenn der Mann reipublicae causa abwesend ist.[bb])

Das Verhältniß der Orbität zum Cälibat stellt sich also so. Einer, der das Ius Liberorum hat, ist überhaupt befreit. Wer nicht caelebs ist, kann noch orbus, wer nicht orbus ist, noch caelebs sein.

3) Eheleute ohne Kinder sind gegen einander noch mehr beschränkt als gegen andere, sie können nach der Lex Papia von einander nur ein Zehntel des Zugedachten erwerben. Kinder aus früherer Ehe legen je ein Zehntel zu, eben so verstorbene aus dieser Ehe. Daher das Kapitel de decimis. Außerdem können sie ein Drittel des Vermögens zum Nießbrauch erwerben. Sind sie bis zum sechsten Grad verwandt, so erhalten sie das Ganze, wenn sie Ein Kind haben oder ein mündiges oder zwei wenigstens dreijährige verloren, — wo also sich ergiebt, daß sie nicht absichtlich kinderlos geblieben sind.[cc])

4) Für einen solitarius pater war etwas besonderes bestimmt.[dd]) Wahrscheinlich ist darunter ein Cälebs gemeint, der nicht Orbus ist, der also nicht ganz den Cälibes gleichgestellt war, sondern vielmehr dem Orbus, der nicht Cälebs war, also halbe Capacitas hatte.[ee])

(5, 4). [Auf die ausgenommenen caelibes bezieht sich der Ausdruck maritorum numero und uxorum numero. Die caelibes liberos habentes sind maritorum numero Lex Flavia Malacit. 56. Die Ehe muß eine civilrechtliche (iustae nuptiae) sein, ein gültiges Verlöbniß war ihr aber gleich gestellt (t). Hartmann l. c. S. 223. Bescholtenen Frauen (probrosae feminae) entzog Domitian das ius capiendi legata hereditatesque. Suet. Dom. VIII. Dahin gehören auch Schauspielerinnen L. 23 pr. — § 3 C. de nupt. (5, 4) L. 33 C. de episc. aud. (1, 4). R.]

w) Gai. II. 111. 286. Sozomenus I 9: τοὺς δὲ ἄπαιδας ζημιῶν τὸ ἥμισυ τῶν καταλελειμμένων. [Die Kinder müssen liberi secundum legem iuliam papiamque quaesiti sein. Collatio legum Rom. et Mos. XVI 3 § 4. R.]

x) Ulpian. XVI 1.

y) Iuvenal. IX 83. 86—88.

z) Tac. annal. XV 19.

aa) Paul. sent. IV 9 § 1—3 Tertull. apol. c. 4: ter quaterve enixa. L. 135. 137 D. de V. S. (50, 16) Savigny System II 6—10 [Hartmann l. c. S. 224. 235.]

bb) Ulpian. XVI 1.

cc) Ulpian. XV. XVI. [Nach Fragm. Vat. § 294: fini decimarum Quint. VIII 5: decimas uxoribus dari, quartas meretricibus, iubent(es)? kann eine Concubine (?) $^1/_4$ erwerben, ausgenommen die focaria eines Soldaten L. 41 § 1 D. de test. mil. (29, 1) L. 2 C. de don. V. et U. (5, 16), obgleich die Capacitätsbeschränkungen bei Soldatentestamenten im Allgemeinen wegfallen. Gai. II 111. R.]

dd) Ulpian. XIII de caelibe, orbo et solitario patre.

ee) [Gewöhnlich versteht man unter solitarius pater den verheiratheten Vater Eines Kindes. Dieser aber heißt pater, hat solidi capacitas und würde daher nicht mit dem Cälebs und Orbus zusammengestellt sein. Solitarius dagegen ist der allein Stehende, einsam Lebende (Cic. de off. II 11: solitario homini atque in agro vitam agenti. Varro de re rust. III 26: apes non sunt solitaria natura, ut aquilae, sed ut homines. Quinctil. I 2 med.: solitaria et velut umbratili vita pallescere). Daher auch der die eheliche Gemeinschaft Meidende, der Cälebs (Nov. Maiorian. IV b. c. 185). Demnach kann ein solitarius, der doch pater ist, nichts Anderes sein, als ein Cälebs, der (entweder als Wittwer aus einer früheren Ehe oder durch Adoption)

Die Söhne Constantin's schafften die poena caelibatus und orbitatis ab,[ff] Honorius und Theodosius die lex decimaria.[gg] Im justinianischen Recht existirt daher das Recht der Lex Julia und Papia nicht mehr.

Durch die Lex Papia hat die Eröffnung des Testaments die Bedeutung erhalten, daß, wenn der Honorirte sie nicht erlebt, keine Transmission auf die Erben stattfindet,[hh] die Erbschaft als nicht erworben betrachtet wird. Die Lex Julia vicesimaria[ii] schrieb eine besondere Form für die Eröffnung vor, bei einem schriftlichen, solennen, versiegelten Testament. August legte in dieser Lex eine Abgabe auf testamentarische Erbtheile an das Aerarium Militare von einem Zwanzigtheil. Ausgenommen waren unbedeutende, Caracalla erhöhte die Abgabe auf ein Zehntel, nachher wurde sie wieder auf die vicesima beschränkt.[kk] Dadurch war die Erhaltung der Testamente eine Sache des öffentlichen Interesse geworden. Um Verfälschung und Anfechtung zu verhüten, schrieb die Lex Julia gerichtliche Eröffnung vor, das Testament ist vor den Magistrat zu bringen. Dieser beruft die Zeugen, in deren Ermangelung andere ehrbare Männer, legt ihnen die Siegel vor und eröffnet das Testament. Dasselbe wird vorgelesen (recitare), eine Abschrift genommen, wieder versiegelt und bei Gericht behalten.[ll] Ueber die Eröffnungshandlung wurde ein genaues Protokoll aufgenommen, worin zugleich die Abschrift des Testaments sich befand. Mehrere solche aus dem 5 und 6 Jahrhundert vor der Curie von Ravenna aufgenommene Protokolle sind auf uns gekommen.[mm] Die vicesima wurde in der vierten Periode aufgehoben,[nn] aber die Eröffnungshandlung blieb.

CCCXIV. Durch den Erwerb wird der Delat Erbe, es entsteht das Erbrecht. Die Natur des Erbrechts liegt in der Repräsentation des Erblassers in vermögensrechtlicher Hinsicht, in dem Uebergang der Persönlichkeit desselben in den Erben. Dieß wird, wann auch die Erwerbung geschieht, zurückbezogen auf den Tod des Erblassers. Heres quandoque adeundo hereditatem iam tunc a morte successisse defuncto intelligitur.[a]

Das Recht an der Person des Erblassers giebt dem Erben ein Recht an

---

Kinder hat. Vermuthlich war er nicht in allen Beziehungen maritorum loco, wie auch bei Frauen das ter quaterve peperisse nicht überall ausreichte. Paul. sent. IV 9 § 3. R.]

ff) L. 1 C. Th. = L. 1 C. de infirmandis poenis caelibatus et orbitatis (8, 16. 8, 57).

gg) L. 2 C. de infirmandis p. c. et o. et de decimariis sublatis (8, 57).

hh) Ulpian. XVII 1: caducum appellatur veluti cedidit ab eo: verbi gratia — si ex parte heres scriptus vel legatarius ante apertas tabulas decesserit, aut pereger factus sit. L. un. § 1 C. de cad. toll. (6, 51): materiam et exordium caducorum lex papia ab aditionibus — sumsit et ideo non a morte testatoris, sed ab apertura tabularum dies cedere legatorum senatusconsulta, quae circa legem papiam introducta sunt, censuerunt. [Ausnahme: transmissio theodosiana für Descendenten L. un. C. de his, qui ante apertas tabulas hereditatem transmittunt (6, 52). R.]

ii) Paul. sent. IV 6. Dig. XXIX 3 (Cod. VI 32): testamenta quemadmodum aperiantur, inspiciantur, describantur.

kk) L. 28. 44 D. de O. I. (1, 2) Plin. paneg. 37—39 Dio Cass. LXXVII 9. 2 Collatio XVI 3 Rudorff Zeitschr. für gesch. Rechtsw. XII S. 386—395.

ll) Paul. IV 6. 1—3.

mm) Spangenberg tab. neg. (1822) n. 14. 18. Savigny Abh. der Berl. Acad. 1814. 1815 S. 67 ff. [Vermischte Schriften (1850) III 27].

nn) L. 3 C. de edicto divi Hadr. toll. (6, 33).

a) L. 54 D. de adquir. her. (29, 2).

dem Vermögen, der Erbschaft, die Erbschaft wird activ und passiv als sein Vermögen betrachtet. Er wird Subject aller Vermögensrechte des Erblassers, als Erbe, also wie es der Erblasser war.[b] Er erwirbt das Eigenthum und tritt in die Obligationen ein. Eine Ausnahme findet Statt bei den mit der natürlichen Person wesentlich zusammenhängenden Rechten, den höchstpersönlichen Rechten. Der Erwerb gilt auch nur von dem Recht, nicht von dem Besitz, diesen muß er besonders erwerben.[c] Weil der Erbe zugleich Subject der Erbschaft, durch den Erblasser, wird, so tritt eine Confusion ein in Beziehung auf die Jura in Re an Sachen des Erblassers und die obligatorischen Verhältnisse zwischen ihnen.[d]

Durch den Eintritt in die Schulden kann die Erbschaft damnosa werden, weshalb Vorsicht beim Antritt nöthig ist. Gegen diese Gefahr giebt es folgende Cautionsmittel:

1) durch Uebereinkunft mit den Gläubigern, die auf eine weitere Haftung der Erben über den Bestand der Masse verzichten. Der Erbe tritt hier mandatu der Gläubiger an, die ihm dann für Schaden einstehen müssen.[e] Es kann diese Erledigung für die Gläubiger selbst vortheilhafter sein, als ein Concurs. — Auch können die Gläubiger einen Nachlaß an ihrer Forderung beschließen und hier entscheidet sogar die Majorität.[f]

2) durch das tempus deliberandi,[g] das der Erbe sich erbitten kann (§ 312 m), nach Justinian vom Kaiser ein Jahr, vom Richter neun Monate.[h] Er kann hier Einsicht in das Vermögen nehmen, ohne daß es als pro herede gestio ausgelegt werden kann.[i] Doch sollen die Gläubiger gegen mögliche Veruntreuung durch ein Verzeichniß des Vermögens, inventarium, gesichert werden.[k]

3) Justinian hat ein noch vollständigeres Mittel eingeführt. Wenn der Erbe ohne zu deliberiren antritt, aber binnen 30 Tagen von der Kenntniß ein Inventarium zu errichten beginnt, so soll der Erbe nicht über den Bestand der Masse haften.[l] Durch das Inventarium soll der Bestand der Erbschaft constatirt werden, die Gläubiger also sollen nicht mehr als gegenüber dem Erblasser, aber auch nicht weniger erhalten (beneficium inventarii).[m] Daher bleiben die Obligationsverhältnisse zwischen Erben und Erblasser bestehen, d. h. sie kommen bei der Berechnung gegenüber den Gläubigern in Anschlag.[n] — Soldaten haben das Beneficium ipso iure.[o]

Der Erbe kann die einzelnen Rechte, in die er succedirt, mit den damit verbundenen Klagen geltend machen, die Forderung, das Eigenthum, die iura

---

b) L. 37 D. eod.

c) L. 1 § 15 D. si is, qui testamento (47, 4): nec heredis est possessio, antequam possideat (lies possidat), quia hereditas in eum id tantum transfundit, quod est hereditatis, non fuit autem possessio hereditatis. L. 23 pr. 30 § 5 D. de poss. (41, 2).

d) L. 2 § 18. 19 D. de hered. vend. (18, 4).

e) L. 32 D. mandati (17, 1).

f) L. 7 § 17 L. 8. 9. 10 pr. D. de pact. (2, 14).

g) Dig. XXVIII 8 Cod. VI 30: de iure deliberandi.

h) L. 22 § 13 C. eod.

i) L. 5 pr. D. eod.

k) L. 22 § 14 C. eod.

l) L. 22 § 2 C. eod.

m) L. 22 § 4 C. eod.

n) L. 22 § 9 C. eod.

o) L. 22 pr. § 15 C. eod.

in re. Aber er hat, um die Herausgabe erbschaftlicher Sachen von dem Besitzer zu erlangen, noch eine eigene aus dem Erbrecht selbst entspringende Klage, eine in rem actio de universitate, die hereditatis petitio.[p]) Der Gegenstand derselben ist Alles, was zur Erbschaft gehört, und von einem andern so besessen wird, daß er durch diesen Besitz das Erbrecht des Klägers verletzt. Der Grund der Klage ist das Erbrecht, wie es auch entstanden sein möge. Veranlassung ist die Verletzung durch den Beklagten. Beklagter ist daher, wer erbschaftliche Gegenstände besitzt, aber nur wenn er entweder pro herede, mit dem Vorgeben, Erbe zu sein oder ein analoges Recht zu haben, oder pro possessore, ohne irgend eine causa angeben zu können, als praedo besitzt.[q]) Wer aus einem andern Titel besitzt, titulo singulari, verletzt das Erbrecht nicht, daher geht gegen ihn nicht die Hereditatis Petitio, sondern die Rei Vindicatio.[r]) Auch der fictus possessor haftet in der Hereditatis Petitio.[s]) Die Erbschaftsklage hat durch ein Senatusconsult unter Hadrian (S. C. iuventianum) noch eine ganz besondere Ausdehnung erhalten.[t]) Wer einen erbschaftlichen Gegenstand besessen hat, und jetzt nicht mehr besitzt (ohne dolo aufgehört zu haben zu besitzen), aber noch einen Vortheil davon hat, der haftet so weit, wie wenn das, was er besitzt, selbst erbschaftlich wäre, z. B. der Verkäufer auf den Preis. Alle Früchte werden augmenta hereditatis. Omne lucrum auferendum est tam bonae fidei possessori, quam praedoni.[u]) Dadurch hat die Klage einen über die Natur einer in rem actio hinausreichenden Charakter erhalten, eine Beimischung von einer condictio, und von praestationes personales.[v]) Daher schützt seit dem Senatusconsult auch nicht mehr die usucapio gegen die Hereditatis Petitio. Der Besitzer wird Eigenthümer, aber es kann ihm die Sache doch abgefordert werden, so gut wie wenn er mit der Erbschaft eine andere erworben hätte.[w])

---

p) Gai. II 57 IV 17 Paul. I 13 b V 9 Dig. V 3: de hereditatis petitione. Cod. III 31 (Cod. Greg. III 1 Cod. Theod. II 22): de petitione hereditatis. Arndts Beiträge (1827) Num. I. [Francke Commentar über den Pandektentitel de hereditatis petitione 1864.]

q) Gai. IV 144 L. 9 D. eod.: Regulariter definiendum est: eum demum teneri petitione hereditatis, qui vel ius pro herede vel pro possessore possidet, vel rem hereditariam. L. 11—13 pr. eod.: pro herede possidet, qui putat se heredem esse — sed enim et bonorum possessor pro herede videtur possidere. Pro possessore vero possidet praedo, qui interrogatus cur possideat, responsurus sit: quia possideo, nec contendet se heredem esse, vel per mendacium, nec ullam causam possessionis possit dicere, et ideo fur et raptor petitione hereditatis tenentur.

r) L. 4 C. in quib. c. cessat (7, 34).

s) [Aus der doli clausula der cautio iudicatum solvi L. 45 D. de her. pet. (5, 3) § 232 Note i. R.]

t) L. 20 § 6—21 L. 25 pr. — § 17 D. de H. P. (5, 3). [Der Zweck des Gesetzes war, einige ältere Controversen über die veräußerten Erbschaftssachen, den vorhergegangenen Dolus und die Früchte gesetzlich zu entscheiden, welche durch das Senatusconsult über die Usucapion eine neue Bedeutung gewonnen hatten. Dernburg Verh. der h. p. 1852 S. 20 ff. R.]

u) L. 28eodem.

v) L. 25 § 18 eodem. [Das den persönlichen Prästationen zum Grunde liegende, durch das Senatusconsult nur bestätigte Princip ist: daß der Besitzer pro herede als Negotiorum Gestor dem Dominus jede Bereicherung herausgeben und, wenn er als Prädo in eigenem Interesse verwaltete, auch für jeden Nachtheil aufkommen muß L. 21 D. de hered. vend. (18, 4) L. 5 § 5 L. 48 D. de neg. gest. (3, 5). In sofern nahm die Hereditatis Petitio die Natur eines bonae fidei iudicium an, was sie vermöge der Doli Clausula der Stipulatio Judicatum solvi noch nicht war. Daher hat Justinian diese Streitfrage bejahend entschieden L. 12 § 3 C. de pet. hered. (3, 31). R.]

w) Gaius II 57 L. 7 C. de pet. hered. (3, 31). [Auch die usucapionis causa würde der Besitzer schon als Geschäftsführer nicht lucriren dürfen. R.]

Ist der Kläger nur theilweise Erbe: si pars hereditatis petatur, so fordert der Kläger nur diesen Theil dessen, was der Beklagte besitzt.[x]) Die Hereditatis Petitio geht auch gegen wirkliche Miterben, die das Recht des Klägers nicht anerkennen wollen.[y])

Durch ein edictum D. Hadriani hat der testamentarische Erbe noch ein besonderes Rechtsmittel erhalten. Wenn das Testament gesetzmäßig eröffnet und ohne äußerlichen Mangel befunden worden ist, so erhält der scriptus heres missio in possessionem der Güter, die der Erblasser zur Zeit seines Todes besessen hat. Der ihm das Recht bestreitende muß dann gegen ihn als Kläger auftreten. Erfordernisse sind: 1) gerichtliche Eröffnung, 2) äußerlich vollkommenes Testament, 3) Antritt des Besitzes innerhalb eines Jahres, 4) der Erbe muß sogleich die vicesima entrichten.[z]) — Justinian hob das edictum D. Hadriani auf, ließ aber dieses Rechtsmittel mit Weglassung der Erfordernisse 3) und 4) bestehen.[aa])

Eine weitere Wirkung der Erwerbung des Erbrechts ist, daß der Erbe nicht bloß in die Verbindlichkeiten des Erblassers eintritt, sondern auch unter Umständen neue Obligationen dadurch contrahirt (quasi ex contractu). So durch Anordnung von Vermächtnissen von Seiten des Erblassers.[bb]) Eine besondere Obligatio entsteht auch unter Miterben.[cc])

Es kann Ein Erbe sein, heres ex asse — as bedeutet hier das Ganze, — aber auch mehrere, ab intestato und testamentarische, jeder zu einem gewissen, quoten Theil. Bei gesetzlichen Erben ist dieser durch das Gesetz selbst bestimmt, bei testamentarischen durch Verfügung des Testators. Die Römer drücken die Theile als Theile des As aus. Das As hat 12 unciae, $1^1/_2$ unciae heißen sescuncia, 2 unciae: sextans, 3: quadrans, 4: triens, 5: quincunx, 6: semis, 7: septunx, 8: bes, 9: dodrans, 10: dextans, 11: deunx. Die uncia getheilt: $^1/_2$ semuncia, $^1/_4$ sicilicus, $^1/_6$ sextula, $^1/_{24}$ scriptulum.[dd])

Wenn der Testator mehr als 12 unciae vertheilt hat, so werden diese unciae als unciae eines Doppelas, dupondium von 24 unciae verstanden (mit andern Worten auf die Hälfte reducirt).[ee]) Was der Testator übrig gelassen hat, accrescirt den gemachten Theilen pro rata.[ff]) Hat der Testator mehrere Erben ohne Theile eingesetzt, so werden gleiche Theile gemacht.[gg]) Doch kann auch schon in der Art der Ernennung eine stillschweigende Theilbestimmung liegen. So durch Verbindung mehrerer, die zusammen den andern gegenübergestellt werden, so daß sich daraus ergiebt, daß sie zusammen nur für einen Kopf bei der Erbtheilung gelten sollen (coniunctio).[hh])

---

x) Dig. V 4: si pars hereditatis petetur.

y) L. 1 § 3 D. eodem.

z) Paul. III 5, 14—18.

aa) L. 3 (ult.) C. de edicto divi Hadriani tollendo. [Rudorff Zeitschr. für gesch. Rechtswiss. XII S. 390. 391].

bb) § 5 Inst. de obl. quae quasi ex contr. (3, 27).

cc) § 4 Inst. eodem.

dd) § 5 Inst. de hered. inst. (2, 14). Beispiel: Cic. pro Caec. 6: facit heredem ex deunce et semuncia Caecinam, ex duabus sextulis M. Fulcinium: Aebutio sextulam aspergit.

ee) § 8 Inst. eodem.

ff) § 7 Inst. eodem.

gg) § 6 Inst. eodem.

hh) L. 142 D. de V. S. (50, 16).

Unter den Miterben entsteht durch die Erwerbung eine communio. Die Obligatio daraus ist im Ganzen nach den Grundsätzen zu behandeln, die oben § 274 bei den Obligationen aus der Gemeinschaft vorgetragen worden sind. Die Klage ist die actio familiae erciscundae[ii]) und geht auf Theilung der corpora, nicht der nomina, die ipso iure divisa sind.[kk]) Im ältern Recht kommt eine solenne Theilung vor, mit feierlichen Worten, erctum cieri, die schon in den zwölf Tafeln erwähnt wird.[ll]) Das Nähere ist unbekannt.[mm]) Nur gegen den kann die Klage angestellt werden, der das Miterbrecht anerkennt.[nn])

C. Usucapio Hereditatis.[a])

CCCXV. Wer erbschaftliche Sachen pro herede usucapirt, wird zunächst nur Eigenthümer dieser Sachen. Darauf beschränkt sich die Wirkung der pro herede usucapio im neuern Recht. Nach älterem Recht aber konnte dadurch das Erbrecht selbst erworben werden, ipsae hereditates usucapi credebantur. Daher die sacra auf den Usucapienten übergingen.[b]) Dieser Rechtssatz war vor allem dem wirklichen Erben vortheilhaft, durch Beseitigung jeder Bestreitung seines Erbrechts. Aber er hatte noch eine andere Bestimmung. Er war ein Mittel, wodurch jemand Erbe werden konnte, der weder lege noch testamento berufen war. Also ein Surrogat, das bei der Beschränktheit des alten Civilerbrechts nothwendig war. Die Güter wurden häufig erblos, wenn sie nun jemand an sich nahm, sollte er auch als Erbe haften. Zugleich wurde auch die völlige Ausschließung der Cognaten weniger empfunden, diese waren am ersten im Stand, sich in den Besitz zu setzen.

Aber schon am Anfang der dritten Periode wurde diese Wirkung der Usucapion bestritten. Seneca führt sie als Beispiel einer Controverse an.[c]) Zu

---

ii) Paul. sent. I 18 Dig. X 2 Cod. III 36: familiae herciscundae.

kk) L. 2 pr. § 5 L. 25 § 9 D. eod. L. 6 C. eod. L. 1 C. de except. (8, 35) L. 1 C. si certum (4, 2) L. 1 C. si unus (8, 31) L. 9 C. de pact. (2, 3) L. 7 C. de hereditar. act. (4, 16) L. 10 C. de iure del. (6, 3).

ll) L. 1 D. eod. Die Grammatiker sind in der vollständigsten Ungewißheit, welches von beiden Worten die Erbschaft, welches die Theilung bezeichne. Paul. ex Festo v. erctum citumque fit inter consortes ut in libris legum romanarum legitur. erctum a coërcendo dictum, unde et erciscundae et ercisci. citum autem est vocatum a ciendo. Donat. ap. Serv. Aen. VIII 642: citae: divisae ut est in iure: erecto non cito, i. e. patrimonio vel hereditate non divisa. Gell. N. A. I 9 (von der Gütergemeinschaft der Pythagoräer) antiquum consortium quod re atque verbo romano appellabatur hercto non cito.

mm) Cic. de orat. I 56: qui, quibus verbis erctum cieri oporteat, nesciat, idem herciscundae familiae causam agere non possit. [erctum ciere = divisum (Supinum) provocare, die feierlichen Worte kamen also nicht bei der Theilung selbst, sondern bei der legis actio per iudicis arbitrive postulationem (Bd. I § 154 c § 162 a) vor, die sich bei Erbtheilungen bis zur Lex Julia erhalten zu haben scheint. Vgl. Cic. pro Caecin. c. 7 nomine heredis *arbitrum* familiae herciscundae *postulavit* mit Apulei. metam. IX p. 210 Bip. nec herciscundae familiae, sed communi dividundo *formula* dimicabo. R.]

nn) L. 1 D. fam. herc. (10, 2).

a) Arndts über die usucapio pro herede (Rhein. Mus. II 1828 S. 125. 149). Fabricius das. IV S. 165—211. 1830. Unterholzner das. V Num. 2. 1832. Huschke Zeitschrift für gesch. Rechtswiss. XIV 7. 1848. [Ueber den Grundgedanken, den Zusammenhang mit der in iure cessio hereditatis und die Unzulänglichkeit des Instituts s. Scheurl Beitr. No. 2 (1852) S. 95 ff. Leist Erbrechtsbesitz I (1870) § 38 ff.]

b) Cic. de leg. II 19 sq. pro Flacco c. 34 ad Att. I 5 Gai. II 54.

c) Seneca de benef. VI 5: iurisconsultorum istae acutae ineptiae sunt, qui hereditatem negant usucapi posse, sed ea, quae in hereditate sunt: tanquam quid aliud sit hereditas, quam res quae in hereditate sunt.

Gaius Zeit war es völlig entschieden, daß man durch Usus nicht mehr Erbe werden könne.[d]

Bonorum Possessio.

CCCXVI. Schon in der zweiten Periode hat das römische Erbrecht eine Erweiterung erhalten durch das prätorische Edict. Neben die hereditas trat ein prätorisches Erbrecht, bonorum possessio.[a]) Der Prätor hat in seinem Edict einen Abschnitt über die Erbfolge, worin er gewissen Personen die bonorum possessio zu geben verspricht, mit folgender Wirkung:

1) der, dem die bonorum possessio gegeben ist, erhält ein interdictum adipiscendae possessionis, um sich den Besitz der erbschaftlichen Sachen zu verschaffen, interdictum quorum bonorum.[b]) „Quorum bonorum ex edicto meo illi possessio data est, quod de his bonis pro herede aut pro possessore possides, possideresve, si nihil usucaptum esset, quodque dolo malo fecisti, uti desineres possidere, id illi restituas.“[c]) Der Beklagte ist derselbe corporis (nicht iuris) possessor, wie bei der Hereditatis Petitio. Nur das hatte das Interdict voraus, daß es durch usucapio pro herede nicht ausgeschlossen wurde, und auch gegen den, qui dolo desiit possidere, gerichtet war. Erst später wurden diese Vorzüge auch auf die hereditatis petitio übertragen durch ein Senatusconsult unter Hadrian (§ 314 t). Durch dieses besondere Rechtsmittel wurde die bonorum possessio auch dem heres von Nutzen, wenn ihm der Prätor dieselbe gab.[d]) Die Personen, welchen der Prätor die bonorum possessio verspricht, sind theils solche, die kein Civilerbrecht haben, theils auch Civilerben (bonorum possessio necessaria — utilis bei den Neueren): die bonorum possessio wird confirmandi iuris civilis gratia, supplendi und corrigendi gratia gegeben.[e])

2) der Prätor behandelt die bonorum possessores als Erben,[f]) er giebt die Klagen, die sie als Erben hätten, ihnen als utiles und die Klagen gegen sie als Erben eben so (fictis iis heredibus). Daher haben sie a) die in rem actiones des Erblassers als utiles. Der Prätor betrachtet sie als Eigenthümer, also bonitarische Eigenthümer. Durch Usucapion (pro herede) werden sie quiritische Eigenthümer; b) die persönlichen Klagen aus den Forderungen des Erblassers als utiles, c) den Gläubigern der Erbschaft gegen sie die Klagen ebenfalls als utiles, d. h. sie sind prätorische Gläubiger und Schuldner, wo es der Erblasser war.[g])

In der dritten Periode ist den bonorum possessores auch die hereditatis petitio gegeben worden, possessoria hereditatis petitio. Damit war die Gleichstellung des prätorischen und des Civilerbrechts erreicht.[h])

---

d) Gaius II 54.

a) Gai. II 129. 135—138. 147—151 III 25—38 Ulpian. XXVIII: de possessionibus dandis. Inst. III 9 Dig. XXXVII 1: de bonorum possessionibus.

b) Dig. XLIII 2 Cod. VIII 2: quorum bonorum.

c) L. 1 pr. D. eod. Gaius IV 144 § 3 Inst. de interd. Cic. ad fam. VII 21. Dazu Huschke de causa Siliana. Studien 1—24. Gegen einen heres durch Usucapion war die Bonorum Possessio gleich Anfangs cum re, also ist das possideresve si nihil usucaptum esset gewiß nicht erst ein späterer aus dem senatusconsultum iuventianum herrührender Zusatz, sondern ein ursprünglicher wesentlicher Bestandtheil des Interdicts.

d) Gaius III 34. *e*) pr. Inst. de bon. poss. (3, 9).

f) Gaius III 32 Ulpian. XXVIII 12 § 2 Inst. de bon. poss.

g) Gaius IV 34 Ulpian. XXVIII 12.

h) Dig. V 5: de possessoria hereditatis petitione. [In den Rescripten Diocletian's

Der Prätor verſpricht eine Bonorum Poſſeſſio: 1) si tabulae testamenti nullae extabunt,[i] alſo eine prätoriſche Inteſtaterbfolge, bonorum possessio intestati; dieſe zerfällt wieder in mehrere Claſſen, nach der Ordnung, in welcher die Perſonen gerufen werden;[k] 2) si tabulae testamenti extabunt[l] und hier a) contra tabulas prätoriſche Notherbfolge, b) secundum tabulas prätoriſche Teſtamentserbfolge.

Im prätoriſchen Edict iſt die Ordnung feſtgeſetzt, in welcher die bonorum possessio deferirt wird:[m] zuerſt contra, dann secundum tabulas, zuletzt der intestati nach ihren verſchiedenen Claſſen.[n] Die Delation wird, wenn die erſte erfolglos geblieben iſt, wiederholt an die folgende Claſſe, successorium edictum.[o] Die bonorum possessio wird nie ipso iure erworben, es giebt keine bonorum possessores necessarii.[p] Sie wird erworben durch die Erklärung, daß man ſie haben wolle, agnitio, admissio, petitio bonorum possessionis. Dieſe Erklärung kann geſchehen vor dem Magiſtrat, Prätor oder Präſes.[q] Regelmäßig wird ſie ertheilt ohne vorausgegangene Unterſuchung, de plano petitur.[r] Der Magiſtrat ſtellt keine Unterſuchung über die Legitimation des Petenten an, dieß geſchieht erſt in Folge einer Beſtreitung von einem andern. Sie wird unwirkſam durch erfolgreiche Beſtreitung, aber auch, wenn es ſich ergiebt, daß die gebetene noch nicht an der Reihe war. Verweigert oder als unrichtig gebeten betrachtet wird ſie nur, 1) wenn ſchon jemand eine frühere bonorum possessio gebeten hat, der dazu berechtigt war. In dieſem Fall kann eine folgende nur zu dem Zweck gebeten werden, um einen Rechtsſtreit gegen die erſtere zu erheben, alſo wenn behauptet wird, der erſtere habe keinen Anſpruch darauf, bonorum possessio litis ordinandae gratia, z. B. der eingeſetzte Erbe beſtreitet dem andern das Recht der bonorum possessio contra tabulas, der Inteſtaterbe ficht das Teſtament an, der Cognat beſtreitet dem,

---

umfaßt „successio“ auch die prätoriſche „successionis vindicatio“ d. h. die Geltendmachung der Bonorum Poſſeſſio L. 8 C. de leg. hered. (6, 58) L. 4 C. in quib. caus. cessat (7, 34), es giebt nur ein Erbrecht, welches durch Cretio, Aditio, Bonorum Poſſeſſionis Agnitio erworben wird. In dieſe Zeit ſetzt man auch die Entſtehung der possessoria hereditatis petitio, früher ſchloſſen possidere und petere einander aus. Vgl. Leiſt Bonorum Poſſeſſio § 125, wobei jedoch überſehen iſt, daß ſchon Gaius L. 2 D. h. t. das Rechtsmittel kennt und daß es nach L. 1 eod. ſchon zu Hadrian's Zeit in die Julianiſche Redaction des Edicts eingereiht war. Arndt's Beiträge S. 58. R. — Dagegen wieder Leiſt Erbrechtsbeſitz II § 49 ff.]

i) Dig. XXXVIII 6: si tabulae testamenti nullae extabunt unde liberi.

k) L. 1 § 1 D. eod. (38, 6).

l) Dig. XXXVII 2: si tabulae testamenti extabunt. Die Edictsworte ſ. bei Cic. in Verr. I c. 45: *Si de hereditate ambigatur et tabulae testamenti obsignatae non minus multis signis, quam e lege oportet, ad me proferentur: secundum tabulas testamenti potissimum hereditatem dabo.* Hoc tralaticium est: sequi illud oportet: *si tabulae testamenti non proferentur* (cf. L. 1 pr. D. si tab. test. nullae 38, 6). c. 44: posteaquam ius praetorium constitutum est, semper hoc iure usi sumus: si tabulae testamenti non proferentur, tum uti proximum quemque potissimum heredem esse oporteret, si is intestato mortuus esset, ita secundum eum possessio daretur. L. 1 D. unde legitimi (38, 7): verba edicti: tum quem ei heredem esse oporteret, si intestatus mortuus esset.

m) Dig. XXXVIII 15: quis ordo in possessionibus servetur. § 3. 4 Inst. de bon. poss. (3, 9).

n) L. 1 D. eod.

o) Ulpian. XXVIII 11 Dig. XXXVIII 9 Cod. VI 16: de successorio edicto. § 5 Inst. de bon. poss. (3, 9).

p) L. 3 § 3 D. de bon. poss. (37, 1): invito nemini bonorum possessio adquiritur.

q) L. 3 D. de iurisdict. (2, 1): mixtum est imperium — quod in danda bonorum possessione consistit.

r) L. 3 § 8 D. de bon. poss. (37, 1) L. 2 § 1. 2 D. quis ordo (38, 15).

der bonorum possessio unde liberi gebeten, die Kindschaft. Ein besonderer Fall ist noch der, daß die bonorum possessio gebeten werden kann zum Behuf der querela inofficiosi testamenti von Seiten eines prätorischen Erben, um nicht nachher bei der Vindication der Intestaterbfolge durchzufallen.[s]) Hier wird der Name litis ordinandae gratia gebraucht; ohne Zweifel aber galt er auch für jene Fälle. 2) wenn eine Person vorhanden ist, der ein früherer Grad deferirt wird, und diese noch nicht ausgeschlossen ist. Ausgeschlossen wird der Berechtigte a) durch Repudiation, Erklärung, sie nicht haben zu wollen;[t]) b) durch Ablauf der Zeit, innerhalb deren die bonorum possessio gebeten werden kann. Sie ist immer an eine Frist gebunden, diese ist für Eltern und Kinder des Erblassers ein annus utilis, für andere 100 dies utiles.[u]) Der durch Zeitablauf Ausgeschlossene ist nur von diesem Grad ausgeschlossen, wird er in einem folgenden Grad wieder gerufen, so kann er hier wieder agnosciren (sibi ipse succedere).[v])

Constantin's Söhne verordneten: bei jedem Richter, auch bei den Duumviri, kann die bonorum possessio gebeten werden, jede Erklärung, daß man die Erbschaft wolle, ist hinreichend, also braucht die Bitte nicht mehr auf einen bestimmten Grad der bonorum possessio gerichtet zu werden. Darum ist sie denn auch möglich, während ein früherer Grad noch nicht ausgeschlossen, d. h. sie wird wirksam, wenn der frühere Grad verfällt.[w])

Der Regel nach wird die bonorum possessio durch das Edict deferirt, und durch die bloße Erkärung erworben, bonorum possessio edictalis (auch ordinaria). In manchen Fällen hat sich der Prätor vorbehalten, die Ertheilung von einer Untersuchung des concreten Falles abhängen zu lassen. Hier findet also vor der Ertheilung eine causae cognitio Statt, die Ertheilung geschieht durch Decret, bonorum possessio decretalis pro tribunali petitur.[x]) So z. B. die bonorum possessio ex edicto carboniano.[y]) Wenn einem Impubes die Kindschaft bestritten wird und davon sein Erbrecht abhängt, so ist regelmäßig der Proceß und die Entscheidung bis zur Mündigkeit aufzuschieben, dessenungeachtet giebt der Prätor schon jetzt dem Impubes die bonorum possessio, die er in Anspruch nimmt, mit dem Recht einstweiliger Alimente.[z]) Erst aber nach causae cognitio, z. B. ob nicht schon offenbare Beweise gegen den Petenten vorliegen.[aa]) — Die bonorum possessio decretalis wird erst durch das Decret deferirt, daher kann sie nicht durch Repudiation, sondern nur durch Ablauf des Termins verloren werden.[bb])

Bonorum possessio ordinaria hat noch eine andere Bedeutung: die rein

---

s) L. 6 § 2 L. 8 pr. D. de inoff. test. (5, 2). Vielleicht kommt die Frage, ob die bonorum possessio richtig gebeten ist, mit zur Sprache, wenn ein Streit darüber entsteht, so daß der Unterschied der edictalis und decretalis darin bestand, daß jene dem Streit vorangeht, diese wenigstens als provisorische nachfolgt.

t) § 5 Inst. de bon. poss. (3, 9).

u) Ulpian. XXVIII 10 § 4 Inst. eod. L. 1 § 9. 12 D. de succ. ed. (38, 9) L. 7 § 2 L. 10 D. de bon. poss. (37, 1).

v) L. 1 § 10. 11 D. de succ. ed. (38, 9).

w) L. 7 § 3 C. de cur. fur. (5, 70) L. 9 C. qui admitti (6, 9) § 7 Inst. de bon. poss. (3, 9).

x) L. 2 § 1. 2 D. quis ordo (38, 15). [Glück-Leist Pandekten Serie der Bücher 37. 38 II. § 36 f.]

y) Paul. sent. III 1 Dig. XXXVII 10 Cod. VI 17 (Cod. Th. IV 3): de carboniano edicto. [Glück-Leist a. a. O. IV § 9 ff.]

z) L. 6 § 5 D. eodem.

aa) L. 3 § 4. 5. D. eodem.

bb) L. 1 § 7 D. de succ. ed. (38, 9).

auf dem prätorischen Edict beruhende. Im Gegensatz dazu ist extraordinaria die durch das Gesetz gegebene, z. B. die Lex Papia.[cc])

Das Verhältniß des bonorum possessor zum heres stellt sich so. Wenn jemand die bonorum possessio richtig gebeten und erhalten hat, auch nicht bloß litis ordinandae causa, sondern definitiv, so garantirt ihm der Prätor noch gar nicht, daß er gegen jeden heres die Erbschaft behaupten könne. Es kann nämlich zwar niemand mehr vorhanden sein, der auf eine vorgehende bonorum possessio Anspruch hat, so daß also der bonorum possessor, wenn bloß auf die bonorum possessio gesehen wird, der allein Berechtigte ist. Allein es besteht neben der bonorum possessio die hereditas, es kann ein heres da sein, der keine bonorum possessio gebeten hat, mit seinem Civilerbrecht sich begnügend, und dem gegenüber der prätorische Erbe sich vielleicht nicht behaupten kann. Es ist z. B. ein gültiges Civiltestament da, der darin eingesetzte Erbe sucht nicht die bonorum possessio, der Prätor giebt nun dem sich meldenden Intestaterben die bonorum possessio intestati; ein suus ist präterirt, er bittet nicht bonorum possessio contra tabulas, der Prätor giebt daher bonorum possessio secundum tabulas; oder ein suus oder agnatus erbt ab intestato und der Prätor giebt dem Cognaten die bonorum possessio. Damit ist noch nicht gesagt, daß der Prätor seine bonorum possessio gegen jene Civilerben in Schutz nimmt. — Die bonorum possessio kann richtig gebeten und ertheilt und dennoch ohne Erfolg sein, wenn dem bonorum possessor ein heres vorgeht, bonorum possessio sine re. Im entgegengesetzten Fall heißt sie b. p. cum re.[dd])

Möglich ist es, daß die bonorum possessio ursprünglich immer sine re war, so oft dem bonorum possessor ein heres gegenüber stand, also die bonorum possessio nur supplendi et confirmandi, nicht corrigendi iuris civilis gratia gebraucht wurde. Also ist das Verhältniß des bonorum possessor zum heres stets wie das des bonae fidei possessor zum dominus. Aber nach und nach erhielt sie eine erweiterte Wirksamkeit, manche bonorum possessiones wurden auch gegen Civilerben gegeben, cum re. Hier ist dann das Verhältniß, wie das in bonis esse zu dem nudum ius quiritium. Das nähere bei den einzelnen Fällen.

Wie haben wir uns nun die Veranlassung und erste Entstehung des prätorischen Erbrechts zu denken? Diese Frage ist nicht sowohl definitiv zu beantworten, vielmehr ihre Schwierigkeit einzusehen. Man hat darüber folgende verschiedene Ansichten:

Nach der einen ist die Bonorum Possessio zunächst für die Civilerben bestimmt. Dieser Gedanke kommt in folgenden verschiedenen Auffassungen vor:

1) Manche Juristen, namentlich Löhr[ee]), haben behauptet, die bonorum possessio und das interdictum quorum bonorum sei zuerst bloß für die Civilerben eingeführt worden, um diesen den Besitz des Erbtheils bequemer zu verschaffen, erst später sei sie dann auch auf andere Personen erstreckt worden. Also anfangs würde man haben nachweisen müssen, daß man heres sei, um

---

cc) § 4 Inst. de bon. poss. (3, 9): novissime quasi ultimum et *extraordinarium* auxilium prout res exegerit accommodavit. Dig. XXXVIII 14: ut ex legibus senatusve consultis bonorum possessio detur. L. 3 D. unde legitimi (38, 8). [Umgekehrt: ubicunque lex vel senatus vel constitutio capere hereditatem prohibet, et bonorum possessio cessat L. 12 § 1 D. de bon. poss. (37, 1). R.]

dd) Ulpian. XXVIII 13 Gaius III 35—38.

ee) v. Löhr Bemerkungen aus der Lehre von der bonorum possessio, Magazin III Num. 8.

die bonorum possessio zu haben. Diese Ansicht hat kein historisches Zeugniß für sich, alle innern Gründe sprechen gegen sie. Mit demselben Recht könnte man behaupten, die publiciana actio sei für den quiritischen Eigenthümer, das interdictum salvianum für den fiduciarischen Pfandgläubiger aufgestellt worden. Der Prätor schützte auch die nach Jus civile Berechtigten, aber er erfand keine neuen Rechtsmittel für sie, bloß etwa um ihnen die Sache bequemer zu machen. — Es ist als gewiß zu betrachten, daß der Prätor gleich von Anfang vornehmlich solche Personen im Auge hatte, die durch das Jus civile ausgeschlossen waren, für die aber die neuere Volksansicht ebenfalls eine Berücksichtigung bei der Erbfolge forderte.

2) Eine andere Ansicht stimmt darin mit der vorigen überein, daß die bonorum possessio anfangs confirmandi iuris civilis gratia gegeben worden sei, aber zum Zweck, um den Besitzstand für die hereditatis petitio zu reguliren. So namentlich Fabricius.[ff]) Auch dieß ist eine auf ungegründeten Hypothesen beruhende Ansicht: es sei ein Unterschied in dieser Beziehung gewesen zwischen der specialis in rem actio und de universitate; dieß ist durchaus nicht gegründet. Auch würde nun erst die Frage entstehen: wie ist man sonderbarer Weise von einem so geringfügigen Institut zu einer Erbfolge gekommen? Allerdings entstehen aus geringen Anfängen große Dinge, aber nicht aus Sperlingen Adler.

Nach einer andern Ansicht ist die Bonorum Possessio von Anfang an auf das Erbrecht und zwar auf eine Ergänzung desselben berechnet. Dem spätern Rechtsbewußtsein (schon zur Zeit der freien Republik) wurden die Schranken des alten Civilerbrechts mehr und mehr unleidlich. So bei der testamentarischen Erbfolge die Genauigkeit gewisser Formen und Beschränkungen, die in gewissen Fällen nutzlos schienen, wie z. B. wenn ein postumus agnatus das Testament rumpirt hat und nachher wieder verstorben ist vor dem Testator. Ferner in der Intestaterbfolge, daß nur die Agnaten ein Erbrecht hatten, und doch das Vermögen so leicht nach Jus civile erblos werden konnte. Zumal da schon damals die Gentes in Abkommen geriethen. Sollten nun die Güter lieber dem Zufall Preis gegeben als die Cognaten bedacht werden? Schon das Jus civile enthielt eine Art von Hülfe durch die alte Rechtsansicht von der usucapio hereditatis, die nur freilich den Successor durch den Zufall bestimmen ließ. Es war der Aufgabe des Prätors gemäß, diesem Bedürfniß entgegenzukommen, wie er ein Aehnliches in Beziehung auf die Erwerbung des Eigenthumes that. Dazu gab ihm jene Möglichkeit der usucapio pro herede selbst einen Anhalt und Ausgangspunkt. Wie das Jus civile die Besitznahme erbschaftlicher Güter zuließ, so gab der Prätor den Besitz gewissen Personen, die in der Volksüberzeugung als die Nächstberechtigten zu gelten anfingen.[gg]) Er gab ihnen ein Rechtsmittel, andern Besitzern pro herede die Sachen abzunehmen, und setzte sie in den Stand, heredes durch Usucapion zu werden.[hh])

---

ff) Fabricius Ursprung und Entwicklung der bonorum possessio bis zum Aufhören des ordo iudiciorum privatorum 1837 S. 17 ff. [Vorher schon: Dernburg Beiträge zur Geschichte der röm. Testamente 1821 S. 191. 214 Francke Recht der Notherben und Pflichttheilsberechtigten 1831 S. 97 ff. R.]

gg) [Cic. or. part. c. 28: cum hereditatis sine lege aut sine testamento petitur possessio — quid aequius aequissimumve sit quaeritur. Die aequitas aber verlangt, daß der Usucapionsbesitz den Angehörigen gesichert werde, deren natürliches Anrecht selbst schon die Lex Cincia und Furia durch Verbot inofficioser Schenkungen und Legate anerkannt hatten Ulpian. XXVIII 7: cognatis, quibus per legem furiam plus mille asses capere licet. R.]

hh) [Es versteht sich, daß unter dieser Possessio keine corporis, sondern eine hereditatis oder

Dieß war vor allem auf ſolche Fälle berechnet, wo das Ius civile keinen heres gab, alſo supplendi iuris civilis gratia, natürlich aber war die bonorum possessio und ihre Vortheile auch dem heres nicht abgeſprochen, confirmandi iuris civilis gratia, und endlich konnte ihr Effect ſogar auch der ſein, daß einem heres die Erbſchaft dadurch entzogen ward, corrigendi iuris civilis gratia. [ii])

Es iſt noch eine dritte Anſicht über den Grund der Bonorum Poſſeſſio möglich: das Bedürfniß, für die Gläubiger zu ſorgen. Wo kein Erbe iſt, wird den Gläubigern Bonorum Poſſeſſio gegeben. Darin aber ſollten den Gläubigern andere vorgehen, was ohnehin dem Intereſſe der Gläubiger entſprach und nur ein anderes Mittel war ihnen zu helfen. [kk])

CCCXVII. Der Prätor machte ſieben Claſſen, in welche er die Inteſtaterben vertheilte. Manche beziehen ſich bloß auf die Beerbung von Freigelaſſenen, manche auf beide, Freigelaſſene und Freigeborene.

1) bonorum possessio unde liberi. Dieſe haben die Sui und die Sui zu ſein aufgehört haben, durch Mancipation, auch Mancipati, wenn ſie von der frühern Gewalt wieder befreit worden ſind. [a]) Daher ſuccediren nur die

---

iuris (successionis), alſo eine rei incorporalis possessio zu verſtehen iſt L. 1. 2 D. de b. p. (37, 1), allein er iſt ein juriſtiſcher oder Activbeſitz (*ius* possessionis) mit dem Recht des Interdictsſchutzes und der Uſucapion, kein bloß proceſſualiſcher Paſſivbeſitz wie die Vindicien. Daß das Interdict adipiscendae possessionis causa gegeben wurde und zwar das nämliche Interdict für bewegliche und unbewegliche Sachen, war wegen der Unterbrechung des Beſitzes durch den Tod nothwendig L. 1 § 15 D. si is qui test. (47, 4), die Stelle der contradictoriſchen Interdicta uti possidetis und utrubi iſt bei dem Erbſchaftsbeſitz durch die hereditatis petitio possessoria vertreten. R.]

ii) [An die hereditatis possessio und usucapio knüpften ſchon Savigny Zeitſchr. V (1825) S. 14 und Huſchke Recenſion von Fabricius (Richter's Jahrb. 1839 S. 11), neuerdings Bachofen über Lex Voconia 1843 S. 66 ff., die Bonorum Poſſeſſio an, freilich in ſehr verſchiedener Weiſe. R.]

kk) [Gaius III 77: mortuorum bona veneunt velut eorum, quibus certum est neque heredes *neque bonorum possessores* neque alium iustum successorem existere. Die ſucceſſive Defenſion gegen die Gläubiger beſtimmte das successorium edictum, aus welchem die Nachfolge in die b. p. herrührte, nach ähnlichen Grundſätzen, wie ſie bei der Sacralpflicht gegen die Pontifices angenommen waren Cic. de leg. II 21 Ulpian. XXVIII 12: ex successorio edicto bonorum possessio datur L. 1 pr. D. de succ. ed. (38, 9): successorium edictum idcirco propositum est, ne bona hereditaria vacua sine domino diutius iacerent et creditoribus longior mora fieret (§ 8 Inst. de b. p. 3, 9). Zur Defenſion iſt bei der bonorum venditio vivorum der Schuldner ſelbſt, mithin bei der bonorum venditio mortuorum zunächſt der heres als Träger der Perſönlichkeit verpflichtet. Nächſtdem trifft die Defenſionspflicht die Cognaten und Affinen (vir et uxor) des Schuldners L. 5 § 1 D. quib. ex caus. (42, 4) L. 16 D. de reb. auct. (42, 5). Die Ausbildung der bonorum possessio vom successorium edictum aus iſt jedoch zu ausſchließend hervorgehoben worden von: Leiſt die Bonorum Poſſeſſio (1844) I S. XIV. XXXIV. XXXV S. 57. Die Intereſſen der Gläubiger ſind nicht die einzigen, welche dem Prätor am Herzen liegen. Unter andern iſt die Regulirung des Uſucapionsbeſitzes der Erbſchaft und der Vermächtniſſe durch die Interdicte quorum bonorum und legatorum zu Gunſten der natürlich Berechtigten gegenüber unberufenen Occupanten eine Rückſicht, die jenen Intereſſen nicht ſchlechthin untergeordnet werden darf. Poſitiv ausgedrückt kann man ſagen: die civilrechtliche Uſucapion war ein Erbſchaftsbeſitz ohne Delation, in dem Zwölftafelgeſetz usus auctoritas — ceterarum rerum annus esto, an welches ſie anknüpfte, fand ſich für eine ſolche Beſchränkung kein Anhalt. Der Prätor führte die Delation auch in den Erbſchaftsbeſitz ein und beſchränkte das commodum possessionis auf die Berufenen: Isidor. V 25 § 6 Bonorum possessio est ius possessionis certo ordine certoque titulo adquisitum. Dieſer certus ordo und titulus iſt der im Edict § 316 l § 317 l vorgeſchriebene. Vgl. Hingst comm. de b. poss. 1858 p. 115. R. — Dagegen Leiſt Erbrechtsbeſitz I 1870, vgl. Pernice Labeo I S. 323 ff.]

a) Dig. XXXVIII 6: si tabulae testamenti nullae extabunt, unde liberi. Cod. VI

Kinder eines Mannes, nicht einer Frau, bei dieser giebt es diese bonorum possessio unde liberi gar nicht. Die Ordnung ist nach Analogie des Civilrechts, die Bonorum Possessio wird nicht gegeben, wenn zwischen dem Descendenten und dem Erblasser ein anderer in der Mitte steht, eben weil nur die Sui, und die es gewesen, berufen sind. Ein besonderer Fall ist der, wenn ein Sohn emancipirt ist, dessen Kinder in der väterlichen Gewalt des Großvaters zurückgeblieben sind. Diese sind Sui, also nach Civilrecht allein Erben. Nach prätorischem Princip müßten eigentlich streng genommen nicht sie, sondern der Sohn succediren. Aber doch erben sie als Sui. Also müßte der Sohn und der Enkel selbständig neben einander berufen werden. Aber darunter würden die andern Stämme leiden. Diese Schwierigkeit ist nun so erledigt: der Sohn erhält so viel, als er als Suus erhalten hätte, und giebt die Hälfte an seine Kinder.[b]) — Ebenso wie bei Freigeborenen ist es bei Freigelassenen. Hinterlassen aber die Freigelassenen keine leiblichen, sondern Adoptivkinder, so hat der Patron eine bonorum possessio contra suos non naturales auf die Hälfte der Erbschaft.[c])

Die Gleichstellung der Emancipati mit den Sui nahm der Prätor nicht ohne eine Beschränkung vor, durch welche die Ungleichheit, die darin liegen konnte, entfernt werden sollte. Die Ungleichheit war aber die, daß der Emancipatus seit der Emancipation sich erwarb, der Suus dem Vater. So wie nun durch den Erwerb des Suus die Erbschaft vermehrt ist, soll auch der Emancipatus, insoweit er durch seine Theilnahme den Erbtheil des Suus schmälert, seinen Erwerb einwerfen, collatio bonorum.[d]) Insoweit er den Suus schmälert, wenn ein Emancipatus mit seinen Kindern, die Sui sind, gemeinschaftlich erbt, hat er nicht den übrigen Sui, sondern nur diesen letzteren zu conferiren, denn der Erbtheil der übrigen wird durch seine Theilnahme nicht verringert.[e]) Ausgenommen sind die Güter, die auch ein Suus für sich erwirbt, bona castrensia et quasi castrensia.[f])

Ein besonderer Fall ist noch die Collation der Dos, die die Tochter vom Vater oder einem andern erhalten hat. Diese kommt auch bei der Sua nicht in die Erbschaft, daher muß nicht bloß die Emancipata, sondern auch die Sua die Dos conferiren, dotis collatio.[g])

Im neusten Recht, wo auch der Erwerb des Suus nicht in die Erbschaft kommt, ist die collatio modificirt worden. Gegenstand derselben ist nur, was ein Kind von dem Vater selbst vorweg bekommen hat, und das also dadurch der Erbschaft entzogen ist. Also durchgängig nach Analogie der dotis collatio.[h])

2) bonorum possessio unde legitimi.[i]) Hier werden alle civilrechtlichen

14: unde liberi. [Auch civitate donati nec ab imperatore in potestatem redacti. Collat. XVI 7. 2: suis praetor solet emancipatos liberos itemque civitate donatos coniungere. Gai. III 20, vgl. I 94. R.]

b) L. 1 pr. D. de coniungendis cum emancipato liberis eius (37, 8).

c) Gaius III 41. [Diese b. p. contra suos non naturales, die auch contra tabulas gegeben wird (§ 318), gründet sich nicht, wie die b. p. unde legitimi, auf die Annahme einer Consanguinität zwischen Patron und Libertus, und geht daher durch Capitis Deminutio nicht unter. Huschke über den Einfluß der Capitis Deminutio des Patrons oder seiner Kinder auf ihr Intestaterbrecht. Studien (1830) S. 121—133, umgearbeitet: Rhein. Mus. (1833) Num. 3. R. — Vgl. Cohn Beiträge zur Bearbeitung des röm. Rechts I (1878) S. 18 ff.]

d) Dig. XXXVII 6: de collatione (bonorum). [Glück-Leist Pandecten Serie der Bücher 37. 38 III (1875) S. 201 ff.]

e) L. 1 pr. 14. 15 D. de coniung. (37, 8).

f) L. 1 § 15 D. de collat (37, 6) L. 12 C. eod. (6, 20).

g) Dig. XXXVII 7: de dotis collatione.

h) L. 20 pr. § 1 C. de collationibus (6, 20).

i) Dig. XXXVIII 7 Cod. VI 15: unde legitimi.

Erben gerufen, auch die Sui kommen hier noch einmal an die Reihe. Nicht die capite minuti, denn sie sind nicht legitimi. Ueber die durch die proximi agnati ausgeschlossenen entfernteren Agnaten war Streit.[k]) Sodann auch die Gens.[l]) Bei Freigelassenen Patron, Patrona, Kinder des Patrons (§ 304). Auch der Manumissor aus dem Mancipium, dem Extraneus Manumissor aber wurden decem personae vorgezogen: außer den Sui und Emancipati Ascendenten bis zum zweiten Grad, Descendenten eben so, und Geschwister. Diese bonorum possessio unde decem personae bildete im Edict einen besondern Grad.[m])

3) bonorum possessio unde proximi cognati (proximitatis nomine).[n]) Nur bis zum sechsten Grad, vom siebenten noch der sobrino natus.[o]) Hier erben auch die Kinder einer Erblasserin;[p]) seit dem S. C. tertullianum und orphitianum gehören diese auch zu den heredes legitimi, also auch schon in die vorige Classe. Ferner Capite minuirte Agnaten, Frauenspersonen ultra consanguinitatis gradum.[q]) Auch die Agnaten selbst als natürliche Verwandte. Auch die in Adoption gegebenen Kinder während der Adoption.[r]) — Bei Freigelassenen nur die Descendenten, denn die servilis cognatio wird nicht berücksichtigt.[s])

4) bonorum possessio tum quem (oder tanquam) ex familia.[t]) Es ist die Familie des Patrons gemeint, seine Agnaten. Diese vertrat die Stelle der Gens, wo keine Gens war (die Gens kommt schon in der zweiten Classe). — Diese Classe ist nur für Freigelassene.[u])

5) patronus, patrona, liberi et parentes patroni patronaeve.[v]) Es ist

---

k) Gaius III 27. 28.

l) Cic. Verr. II 1, 45: Minucius quidam mortuus est ante istum praetorem. eius testamentum erat nullum. lege hereditas ad gentem Minuciam veniebat. Si habuisset iste edictum, quod ante istum et postea omnes habuerunt, possessio Minuciae genti esset data; si quis testamento se heredem esse arbitraretur, quod tum non extaret, lege ageret in hereditatem, aut pro praede litis vindiciarum cum satis accepisset, sponsionem faceret, ita de hereditate certaret. Hoc opinor iure et maiores nostri et nos semper usi sumus.

m) § 3 Inst. de bon. poss. (3, 9). [Vgl. Glück-Leist a. a. O. V (1879) S. 375 ff.]

n) Inst. III 5: de successione cognatorum. Dig. XXXVIII 8: unde cognati. Cod. VI 15: unde legitimi et unde cognati.

o) L. 9 pr. D. eod. Note y.

p) Gai. III 24 Ulpian. XXVI § 7. 8. pr. Inst. de S. C. tertull. (3, 3).

q) Gai. III 23. 29.

r) L. 1 § 4 D. unde cognati (38, 8). *s*) L. 1 § 2 D. eodem.

t) Ulpian. XXVIII 7 Collat. XVI 9 § 3. 5 Inst. de bon. poss. (3, 9). [tum quem ist eine unzweifelhafte Conjectur von Cujacius (vgl. § 316 l), tanquam (ὡσανεὶ) erklärt Huschke Studien S. 101. 105: tanquam ex familia patroni patronaeve is, de cuius bonorum possessione agitur, non exisset, cui ex ea familia eorum bonorum possessio competeret, d. h. es sollen die Personen erben, denen das Vermögen des Patrons ungeschmälert zugefallen sein würde, wenn die Manumission nicht geschehen wäre, mit andern Worten: die Begründung einer neuen Person und Familie wird als nicht geschehen behandelt. Allein auf dieser Fiction beruht auch schon die b. p. unde legitimi des Patrons. Vgl. Note z. R. — Vgl. Glück-Leist a. a. O. S. 355 ff.]

u) [Auf sie bezieht sich der Centumviralproceß Cic. de or. I 39: cum Marcelli ab liberti filio stirpe, Claudii patricii eiusdem hominis hereditatem gente ad se rediisse dicerent. Unstreitig mußten die Marceller als agnati proximi den Gentilen, der familia im weitesten Sinn, vorgehen. R. — Vgl. Mommsen Römische Forschungen I S. 382.]

v) Ulpian. XXVIII 7: quinto patrono patronae item liberis *parentibusve* (Cujacius) patroni patronaeve. Coll. XXVI 9 (Ulpian.): post familiam patroni vocat praetor patronum et patronam item liberos et parentes patroni patronae. § 3 Inst. de b. p. (3, 9): sexto patrono patronaeque et parentibus eorum. § 5 eod.: octavo unde patroni patronae-

sehr zweifelhaft, wie dieß zu verstehen ist.[w]) Daß der Patron hier einfach wieder gerufen werde, ist undenkbar. Man könnte an einen Patronus Capite minutus denken, aber schwerlich ließ diesen der Prätor zur bonorum possessio. Das nächste ist, an den Patron des Patronus zu denken, dem sodann die Descendenten und Ascendenten des Patrons gleichgestellt wurden, welche nicht zu den legitimi heredes gehören. — Auch diese Classe ist nur für Freigelassene.

6) unde vir et uxor, der Ehegatte des Erblassers bei Freigeborenen und Freigelassenen.[x])

7) unde cognati manumissoris, so weit sie in der Lex Furia excipirt sind.[y]) Auch diese Classe bezieht sich nur auf Freigelassene.[z])

Die bonorum possessio intestati ist bald zu einer selbständigen Stellung gegenüber dem Civilerbrecht gelangt. Sie ist nur gegen den Civilerben sine re, der in der prätorischen Successionsordnung höher steht, als der bonorum possessor, so daß, wenn er die ihm zustehende bonorum possessio gebeten hätte, der jetzige bonorum possessor gar nicht dazu gekommen wäre, z. B. der Agnatus proximus gegenüber dem Cognaten. Die in Einer Classe mit einander stehenden, z. B. Sui und Emancipati, concurriren mit einander nach den Grundsätzen des prätorischen Edicts (auch wenn der suus nicht bonorum possessio gebeten hat), und steht der Civilerbe niedriger (z. B. der Agnat gegenüber dem Emancipatus), so erhält er gar nichts. In beiden Fällen ist also die bonorum possessio cum re.[aa])

CCCXVIII.*) Der Prätor giebt den im Testament eingesetzten Erben die bonorum possessio, wenn eine Testamentsurkunde vorgelegt,[a]) das Testament

---

que et parentes eorum. Theoph. ad § 3 Inst. cit.: unde liberi patroni et patronae et parentes eorum.

w) [Göschen über die b. p. libertini intestati: Hugo civ. Mag. IV Num. 12 (1813) nimmt (nach der Collatio) als berufen an: 1) den Patron des patronus libertus, 2) die Kinder des ersten Patrons, 3) Vater und Mutter des ersten patronus emancipatus. Unterholzner über das patronatische Erbrecht, Zeitschrift V Num. 2 (1825) S. 62 ff. versteht diese Klasse (nach den Institutionen) von einer abermaligen Berufung des etwa capite deminuirten Patrons und der Patrona des Erblassers sowie der Eltern und Kinder dieser Patrona. Gegen diese Ansichten vgl. Huschke Studien S. 58 ff. 88—94 (1830). Er selbst bezieht diesen Grad mit Recht auf die Successsion aus dem Freilassungsrecht. Es erbt 1) der Patron des Patrons, 2) die Kinder des zweiten Patrons, 3) die Parentes des Patrons, wenn die Freilassung aus dem Mancipium geschah. R. — Vgl. Glück-Leist a. a. O. V S. 363 ff.]

x) Dig. XXVIII 11 Cod. VI 18: unde vir et uxor.

y) Ulpian. XXXVIII 7 (§ 316 gg) Fragm. Vat. § 301: sic et lex furia scripta est: eo amplius, quod illa lex sex gradus et unam personam ex septimo gradu excepit, sobrino natum.

z) [Drei leitende Gedanken liegen der ganzen Anordnung zum Grunde: 1) die durch den Manumissionsact begründete neue Familie des Libertus geht der des Patrons vor. Erst wenn jene ganz ausgestorben ist, geht das Vermögen in diese („ex ea familia in eam familiam" § 304 hh) zurück; 2) innerhalb jeder dieser Familien haben die zur hereditas gerufenen legitimi den Vorzug vor den zur possessio hereditatis berechtigten natürlichen Cognaten und Affinen; 3) in der Gens wie in der Freundschaft geht wieder die eigene Familie der fremden vor: dort das eigne Haus den Agnaten- und Gentilenhäusern (L. 195 § 2 D. de V. S. 50, 16), hier die Cognation der Affinenfamilie. Von der Affinenfamilie ist sogar nur die unmittelbare Copula, der Ehegatte, berufen und zwar erst hinter den legitimi des Patrons: der Ehegatte des Manumissors ist ganz weggelassen. R.]

aa) Gaius III 37. 38.

*) [Vgl. Glück-Leist a. a. O. IV S. 140—299.]

a) [Cic. Verr. III 7: scio te — possessiones hereditatum non secundum eos, qui proferrent, sed secundum eos, qui dicerent testamentum factum dedisse § 316 l 317 l. Nach späterem Recht genügt die Gewißheit und der Beweis des Daseins im Augenblick des Todes

septem testium signis signatum, die Zeugen tüchtig sind, der Testator Testamentifactio, wenigstens zur Zeit seines Todes hatte, [b]) der Erbe fähig ist, [c]) und niemand dagegen bonorum possessio contra tabulas gebeten hat. Diese bonorum possessio ist am längsten gegenüber dem Civilerben unwirksam geblieben. Jeder heres konnte dem bonorum possessor den Erbtheil abfordern, machte die bonorum possessio also sine re, die legitima hereditas konnte daher nur durch ein Civiltestament ausgeschlossen werden. Erst Marc Aurel hat dem bonorum possessor gegen die Civilintestaterben eine Exceptio Doli gegeben, also dem prätorischen Testament die Wirkung beigelegt, die Civilintestaterbfolge auszuschließen. [d]) Nur dann ist die Bonorum Possessio noch sine re, 1) wenn ein heres testamentarius aus einem gültigen Civiltestament, früherem oder späterem, als das prätorische vorhanden ist; [e]) 2) gegen einen solchen Intestaterben, der durch seine Präterition das testamentum iure civili zum non iure factum oder ruptum macht; [f]) 3) gegen einen heres legitimus, der die bonorum possessio contra tabulas agnosciren kann. [g])

Die bonorum possessio secundum tabulas findet ihre Anwendung vornehmlich dann, wenn ein Testament iure civili nichtig, non iure factum, ruptum, irritum ist, und doch die prätorischen Erfordernisse hat. Die hauptsächlichsten Fälle sind:

L. 1 § 2—7 D. de b. p. s. t. (37, 1) L. 3 D. si tabulae testamenti nullae extabunt (38, 6) L. un. D. si tabulae testamenti extabunt (37, 2). R.]

b) Gaius II 147: si septem testium signis signata sint testamenta — si modo defunctus testator et civis romanus et suae potestatis mortis tempore fuerit. Ulpian. XXIII 6 XXVIII 5. 6.

c) L. 12 § 1 L. 13 D. de b. p. (37, 1) Dig. XXXVIII 13: quibus non competit bonorum possessio.

d) Gaius II 119. 120. [Mit diesem Rescript Antonin's hat man ein Decret des Proconsuls von Asien in Verbindung gebracht, welches nebst dem betreffenden verschlossenen Testament dem Kaiser Marc Aurel zur Entscheidung eingesandt worden war und von dem Fronto (orat. de testamentis transmarinis) ep. II 15 p. 70 sqq. ed. Niebuhr. sagt: Quare si hoc decretum tibi proconsulis placuerit, formam dederis omnibus omnium provinciarum magistratibus, quid in eiusmodi causis decernant, quid igitur eveniet? illud scilicet, ut testamenta omnia ex longinquis transmarinis provinciis Romam ad cognitionem tuam deferantur, filius exheredatum se suspicabitur: postulabit, ne patris tabulae aperiantur, idem filia postulabit, nepos, abnepos, frater, consobrinus, patruus, avunculus, amita, matertera, omnia necessitudinum nomina hoc privilegium invadent, ut tabulas aperiri vetent, ipsi possessione iure sanguinis fruantur. Causa denique Romam emissa quid eveniet? heredes scripti navigabunt, exheredati autem in possessione remanebunt. Dirksen Abh. der Berliner Acad. v. 1. Juli 1847 S. 26—30 ist der Meinung, der Proconsul hätte die b. p. s. t. abgeschlagen, weil das Testament ein prätorisches, die Intestaterben civile waren, dagegen beschwere sich der Testamentserbe. Es ist aber weder von einem prätorischen Testament die Rede, noch sind der avunculus, die matertera u. s. w. civile Intestaterben, noch stellen sie die hereditatis petitio an, gegen welche allein das Rescript Antonin's eine doli exceptio gewährt. Es handelt sich vielmehr um das sog. remedium ex L. ult. C. de ed. divi Hadr. (6, 33) Paul. III 5 § 17 (Rudorff Zeitschrift für gesch. Rechtsw. XII S. 390). Die Intestaterben protestiren, um es zu verhindern, unter allerlei nichtigen Vorwänden gegen die Testamentseröffnung, der Proconsul beschließt, darüber die kaiserliche Entscheidung einzuholen, und bis diese erfolgt und das mit den Acten eingesandte Testament zurück ist, die Angehörigen iure sanguinis im Besitz zu lassen. Aber die Appellation ne testamentum aperiatur hat schon Hadrian verboten L. 7 pr. D. de app. recip. (49, 5) L. 26 C. Th. quar. app. (11, 36). Die Beifügung des Testaments war geradezu unvernünftig, und Fronto beantragt deshalb ein Decret des Kaisers, dessen allgemeine Autorität (tu ubi quid in singulos decernis, ibi universos exemplo adstringis Bd. I § 111) den Mißbrauch in allen Fällen und für immer verhüten werde. R.]

e) Gaius II 149.

f) L. 12 pr. D. de iniusto (28, 3).

g) 17 D. de iniusto (28, 3).

1) wenn in der civilrechtlichen Form gefehlt ist, z. B. die Nuncupation oder Mancipation fehlt. [h])

2) wenn eine Frau ohne Auctoritas ihres Tutors testirt hat. Die Bonorum Possessio ist sine re nicht bloß gegen einen heres testamentarius, sondern auch gegen den Legitimus Tutor. [i])

3) wenn der Testator die Testamentifactio verlor, wofern er nur zur Zeit seines Todes wieder Civis und suae potestatis wird. Ob sie cum re oder sine re, entscheidet sich nach den obigen Grundsätzen. [k])

4) wenn ein suus heres präterirt ist. Nach prätorischem Recht vernichtet dieß nicht das Testament. Aber die Bonorum Possessio ist sine re, wenn er nicht zur Zeit des Todes gestorben ist oder abstinirt. [l])

5) wenn ein späteres Testament wieder ungültig geworden ist. [m]) Ferner wenn mehrere Testamente vorhanden sind, von denen keines als das neuere nachgewiesen werden kann; hier werden beide wie Ein Testament behandelt. [n])

CCCXIX. Nach prätorischem Recht müssen Personen, welche ab intestato die bonorum possessio unde liberi haben, eingesetzt oder enterbt werden. Die Exheredation muß bei Mannspersonen (Söhnen und Enkeln) nominatim, bei Frauenspersonen kann sie auch inter ceteros geschehen. Sind sie präterirt, so giebt ihnen der Prätor die bonorum possessio gegen das Testament, [a]) contra testamentum, contra lignum, [b]) sie setzt nur die Hinterlassung eines solchen Testaments voraus, nicht nothwendig, daß der Erbe antritt, auch könnte sonst das Testament iure civili nichtig sein. [c]) Die Wirkung ist: Verdrängung der Erbeinsetzung zu Gunsten der bonorum possessores, die also an die Stelle der eingesetzten Erben treten, nicht Herbeiführung der Intestaterbfolge. Die Ordnung unter mehreren Berechtigten bestimmt sich nach der Ordnung der Intestaterbfolge. [d]) Die im Testament eingesetzten Notherben agnosciren ebenfalls bonorum possessio contra tabulas und erben so mit den Präterirten. [e]) Das Testament wird eigentlich nicht aufgehoben, daher die Pupillarsubstitution gültig bleibt, [f]) ferner die Dispositionen zu Gunsten der Descendenten des Erblassers, nur daß sie zusammen nicht mehr als ein bonorum possessor erhalten können. [g]) Auch ein Vermächtniß, wodurch der Ehefrau oder Schwiegertochter eine Dos restituirt wird, die der Testator empfangen hatte, bleibt bestehen. [h])

Marc Aurel bestimmt: bei Frauenspersonen soll die bonorum possessio

---

h) Ulpian. XXVIII 6 Gai. II 121.

i) Gaius II 118—122 Cic. top. c. 4 Boeth. ad top. II 302 (Orelli).

k) Gaius II 147—149 L. 1 § 9 D. de b. p. s. t. (37, 11).

l) L. 2 pr. L. 17 D. de iniusto (28, 3).

m) L. 11 § 2 D. de b. p. s. t. (37, 11) Collat. XVI 3, 1 (Lachmann Zeitschrift X 314).

n) L. 1 § 6 D. eodem.

a) Ulpian. XXII 23 Gaius II 129. 135 Dig. XXXVII 4: de bonorum possessione contra tabulas. Cod. VI 12: de bonorum possessione contra tabulas, quam praetor liberis pollicetur. [Vgl. Glück-Leist Pandecten Serie der Bücher 37. 38 III (1875) S. 80 ff.]

b) L. 19 D. de b. p. s. t. (37, 4).

c) L. 4 pr. 19 D. de b. p. c. t. (37, 4).

d) L. 1 § 1 D. eod. vgl. L. 8 § 14 L. 11 § 1 eod.

e) L. 8 § 11. 12 L. 10. § 1. 3 D. eod.

f) L. 22. 34 § 2 D. de vulg. et pup. subst. (28, 6).

g) Dig. XXXVII 5: de legatis praestandis contra tabulas bonorum possessione petita.

h) L. 8 § 2 L. 10 § 1 D. eod.

nur die Wirkung haben, wie die Präterition der Sui, die nicht Filii sind, nach Civilrecht.[i])

Die bonorum possessio wird verloren durch Anerkennung des Testaments, namentlich Annahme eines Vermächtnisses.[k])

Die bonorum possessio contra tabulas ist auch zu Gunsten des Patrons gegeben gegen das Testament seiner Freigelassenen.[l]) Nach Ius civile kann der Libertus seinen Patron im Testament präteriren.[m]) Der Prätor giebt diesem bonorum possessio contra tabulas partis dimidiae, wenn ihm nichts oder weniger als die Hälfte hinterlassen ist. Nur dann nicht, wenn leibliche Kinder des Libertus, Sui oder Emancipati, eingesetzt sind. Dasselbe Recht haben die männlichen Kinder des Patrons, nicht die weiblichen, doch nach der Lex Papia die mit dem ius trium liberorum und die Patrona ingenua mit zwei, die Patrona libertina mit drei Kindern.[n]) Die Lex Papia hat aber auch das Recht des Patrons erhöht, wenn der Libertus 100 000 Sesterze im Vermögen hat (centenarius) und weniger als drei leibliche Kinder hinterläßt, der Patron hat hier immer, mag ein Testament da sein oder Intestaterbfolge eintreten, Anspruch auf eine portio virilis.[o]) Macht der Freigelassene sich durch Veräußerungen inter vivos zum minor centenario, so sind diese ipso iure ungültig.[p])

Die Patrona hat nach prätorischem Recht keine bonorum possessio contra tabulas, die Lex Papia giebt ihr dieselben Rechte wie dem Patron, wenn sie als Ingenua zwei, als Liberta drei Kinder hat.[q]) Auch ihren Kindern, der Tochter mit zwei oder drei, dem Sohn schon mit einem Kind.[r])

Eine Liberta kann nur auctore patrono testiren, deshalb hat auch der Prätor keine Bestimmung über ihr Testament gegeben. Die Lex Papia entnimmt sie mit vier Kindern der Tutela legitima und bestimmt daher: der Patron soll ein Recht haben auf eine portio virilis, wenn sie ihre Kinder einsetzt.[s])

---

i) Gaius II 126.

k) L. 15 D. de b. p. c. t. (37, 4) L. 5 § 2 D. de leg. praest. (37, 5).

l) Gaius III 40—54 Ulpian. XXIX Inst. III 7: de successione libertorum Dig. XXXVIII 2: de bonis libertorum Cod. VI 13: de bonorum possessione contra tabulas liberti, quae patronis liberisque eorum datur. Unterholzner über das patronatische Erbrecht: Zeitschr. für gesch. Rechtswiss. V 2 (1825) S. 84 ff. Huschke über einige zweifelhafte Verordnungen der lex papia poppaea in Beziehung auf die Succession und die Güter der Freigelassenen (1830) S. 25—58. [Adolf Schmidt das Pflichttheilsrecht des Patrons und der Parens Manumissor (1868) S. 7—23, Krüger krit. Versuche (1870) S. 124 f., Glück-Leist a. a. O. V S. 319 f.]

m) Gaius III 40.

n) Gaius III 40. 41. 50 Ulpian. XIX 1. 4. 5. [Der Anspruch auf die Hälfte des Vermögens ist entstanden aus der societas omnium bonorum liberti, welche für die Manumission bedungen zu werden pflegte, bis sie später als unzulässige Belastung der Freiheit verworfen wurde L. 1 § 1 D. de bon. lib. (38, 2): posteriores praetores (nach Rutilius) certae partis bonorum possessionem pollicebantur, videlicet enim imago societatis induxit eiusdem partis praestationem: ut quod vivus solebat societatis nomine praestare, id post mortem praestaret. R.]

o) Gaius III 42. [Dasselbe Recht hat auch eine patrona ingenua mit drei Kindern Gai. III 50. R.]

p) L. 16 pr. D. de iure patron. (37, 14).

q) Gaius III 49—50.

r) Gaius III 53: eadem lex patronae filiae liberis honoratae *filio* (Huschke) patroni iura dedit, sed in huius persona etiam unius filii filiaeve ius sufficit. [Nach Studemund's Lesung lautet aber die Stelle so: eadem lex patronae filio liberis honorato *fere* (cre hat die Handschrift) patroni iura dedit.]

s) Gaius I 192 II 122 III 43. 44 Ulpian. XXIX 3. [Cohn Beiträge I (1878) S. 26 ff.]

Dasselbe Recht haben Söhne und Enkel des Patrons, weitere Descendenten mit dem ius liberorum (drei Kindern) haben es nur, wenn die Liberta ohne Testament verstirbt. Gegen das Testament haben sie bonorum possessio auf die Hälfte.[t]) Die Patrona mit dem ius liberorum hat gegen das Testament der Liberta dasselbe Recht, wie der Patron gegen den Libertus nach dem Edict, also Bonorum Possessio auf die Hälfte.[u])

Nach justinianischem Recht hat der Patron bei einem Vermögen von weniger als 100 Aurei kein Recht gegen das Testament, bei 100 Aurei und darüber bonorum possessio contra tabulas auf ein Drittel, doch nicht gegen die testamentarisch eingesetzten Kinder.[v])

Was der Patron contra tabulas zu fordern berechtigt ist, wird ihm geschützt gegen dolose Veräußerung inter vivos[w]) durch Revocation der Veräußerung mit der actio faviana bei Testamenten, actio calvisiana ohne Testament.[y]) Auch gegen mortis causa donationes und Vermächtnisse, hier ist nicht einmal Dolus erforderlich.[z])

Nach Analogie des Patrons hat der Parens Manumissor bonorum possessio contra tabulas des Emancipirten, auf denselben Gegenstand, also partis dimidiae.[z]) Auf das Ganze, wenn der Sohn turpes personae eingesetzt hat.[aa]) Eine Ausnahme findet Statt: wenn der Vater Geld für die Emancipation erhalten, oder der Sohn ihm nachher inter vivos etwas Genügendes gegeben hat, um sein Vermögen frei zu haben;[bb]) ferner wenn der Sohn Soldat ist; wenn der Vater gezwungen war, ihn wegen schlechter Behandlung zu emancipiren.[cc])

CCCXX. Die Richtung des prätorischen Rechts war die Geltendmachung des sich allmählich von der Ausschließlichkeit der Principien des alten Civilrechts befreienden Volksbewußtseins. Diese Richtung, welche das prätorische Recht genommen hatte, theilte sich nach und nach den spätern Civilrechtsquellen, namentlich kaiserlichen Constitutionen, mit. Doch blieb das Civilrecht im ganzen noch immer auf seiner alten Grundlage, selbst noch unter Justinian. Daher bestand daneben noch das prätorische Erbrecht als geschlossenes System. So in den Institutionen, Digesten, Codex.

Doch war schon manches umgestaltet, namentlich an der bonorum possessio secundum tabulas durch die neue Testamentsform. Auch die andern bonorum possessiones wurden sehr modificirt durch die Novelle 115 und 118. Im Einzelnen in folgender Art:

1) die bonorum possessio contra tabulas wird ersetzt durch die Novelle 115.[a]) Sie fand nur noch Anwendung für den Patron gegen das Testament eines Freigelassenen.

---

t) Gaius III 45—47: quamvis parum diligenter ea pars legis scripta sit.
u) Gaius III 52.
v) § 3 Inst. de succ. lib. (3, 7) L. 4 C. (rest.) de bonis lib. (6, 4).
w) Dig. XXXVIII 5: si quid in fraudem patroni factum sit.
x) L. 3 § 2. 3 D. eod.
y) L. 1 § 1 D. eod.
z) Dig. XXXVII 12: si a parente quis manumissus sit § 6 Inst. quib. mod. ius patr. pot. (1, 12).
aa) L. 3 pr. D. eod.
bb) L. 1 § 3. 4 D. eod.
cc) L. 5 D. eod.
a) Manche Juristen wollen sie noch daneben anwenden. Puchta Pandekten § 493.

2) die bonorum possessio secundum tabulas hat auch viel von ihrer alten Wirksamkeit verloren. Sie tritt nicht mehr ein wegen eines Formfehlers, sie setzt vielmehr die von Justinian eingeführte Form voraus, die aus der alten civilrechtlichen und prätorischen Form zusammengesetzt ist. Doch giebt es noch immer einzelne Fälle, wo das Testament iure civili nichtig ist, mit der bonorum possessio aber aufrecht erhalten werden kann, z. B. ein späteres Testament ist wieder ungültig geworden; ferner um den provisorischen Besitz zu verschaffen bei bedingter Einsetzung. [b])

3) die bonorum possessio intestati ist durch die Novelle 118 im ganzen aufgehoben. In Beziehung auf die Intestaterbfolge der Verwandten gilt nur das Recht der Novelle. Geblieben ist aber die bonorum possessio unde vir et uxor. — Bei Freigelassenen hat schon ein früheres Gesetz, L. 4 C. de bon. lib. (6, 4) die Intestaterbfolge reformirt (§ 304 kk).

Das Resultat ist: die bonorum possessio hat im neusten Recht aufgehört, ein vollständiges Erbrechtssystem zu sein. Die bonorum possessores nach altem Recht haben im neusten Recht meistens schon ein Civilerbrecht, und wo dieß nicht der Fall ist, ist gewöhnlich auch die bonorum possessio ausgeschlossen. Nur einzelne Fälle sind geblieben.

Vermächtnisse.

CCCXXI. Vermächtniß [a]) ist Anordnung einer Singularsuccession aus der Erbschaft, quantitative Minderung der Universalsuccession. [b]) Personen erhalten etwas aus dem Vermögen, ohne daß die Persönlichkeit des Erblassers auf sie übergeht. Doch setzt diese Singularsuccession eine Universalsuccession voraus, einen heres oder der loco heredis ist, eben weil sie ein Abzug von der hereditas ist und dieser ohne eine solche Universalsuccession nicht existirt. Wo kein Erbe vorhanden oder der loco heredis ist, da existirt kein Vermächtniß. Das Vermächtniß begründet eine Obligatio zwischen dem Onerirten und dem Honorirten (§ 314 bb).

Das römische Recht hat zwei Formen des Vermächtnisses, eine civilrechtliche, legatum, und eine andere freiere, erst später zu rechtlicher Wirksamkeit gekommene, das fideicommissum.

Hier soll zuerst die Rede sein von dem Vermächtniß des Jus civile. [c])

I. Die Anordnung des Legats geschah mit bestimmten vorgeschriebenen

---

b) [L. 12. 13 D. qui satisd. (2, 8) L. 8 pr. D. de stip. praet. (46, 5) Paul. V 9 § 1 und die überzeugende Auseinandersetzung Huschke's (iurispr. ant. ad Paul. V 9, 1), nach welcher ich meine frühere Erklärung zurücknehme. Die Caution wurde nur nach Befinden der Umstände (causa cognita) bewilligt, dahin gehört die conceptio in longiorem diem, wenn die Bedingung lange schwebt, z. B. si consul factus erit. Die andere, bei Paulus erwähnte Caution auf Grund des Präjudicium an ea res, de qua agitur, maior sit centum sestertiis bringt Huschke mit dem edictum divi Hadriani über die vicesima § 318 d in Verbindung. Es gehörte bei großen Erbschaften zu den vielen Beschränkungen (ambages) der Mission, daß der eingesetzte Erbe dem, welcher das Testament als verfälscht oder gebrochen anfocht, Caution leistete Paul. III 5, 14. Justinian hob diese Beschränkungen auf. R.]

a) Gaius II 191—289 Ulpian. XXIV. XXV Paul. sent. III 6 IV 1. Inst. II 20—22 Dig. XXX—XXXII: de legatis et fideicommissis Cod. VI 37: de legatis. 42: de fideicommissis. Roßhirt die Lehre von den Vermächtnissen nach römischem Recht 2 Bde. 1835. [Glück-Arndts Pandekten XLVI—XLVIII. 1868—1878.]

b) L. 116 D. de leg. I (30): Legatum est delibatio hereditatis, qua testator ex eo, quod universum heredis foret, alicui quid collatum velit.

c) Gaius II 191—245 Ulpian. XXIV Paul. sent. III 6 Inst. II 20 Cod. VI 37 de legatis.

Worten, verba civilia, daher auch bloß lateinisch. [d]) Es gab vier Formen mit verschiedener Bedeutung und Wirkung:

1) per vindicationem. Stichum hominem do lego (daher do lego legatum). [e]) Aber auch sumito, capito, sibi habeto. Die Wirkung ist diese: die Sache geht ipso iure in das quiritische Eigenthum des Legatars über, er hat die rei vindicatio. Daher ist das Legat eine Eigenthumserwerbsart. Nach der Meinung der Sabinianer erfolgt der Uebergang beim Antritt der Erbschaft durch den Erben, auch ohne Wissen und Willen des Legatars, es ist genug, wenn er nicht den entgegengesetzten Willen hat; nach der der Proculianer erst durch den Willen des Legatars. Zu Gaius Zeit war die letztere Ansicht die herrschende wegen eines Rescripts des Antoninus Pius. [f]) Damit verträgt sich übrigens wohl, daß die Erwerbung auf die Zeit des Antritts zurückbezogen wird; [g]) denn die Proculianer behaupteten, einstweilen gehöre die Sache niemandem, nicht etwa dem Erben. Bei einem bedingten Vermächtniß meinten die Proculianer, eben so die Sabinianer, daß die Sache einstweilen dem Erben gehöre. [h]) — Erforderniß ist quiritisches Eigenthum des Testators zur Zeit der Testamentserrichtung und des Todes, bei fungiblen Sachen nur das letztere. [i]) Wenn fremde Sachen vermacht sind, ist das Legat ungültig, nach dem S. C. neronianum aber soll es wie ein legatum per damnationem behandelt werden. [k]) Wenn die Sache nachher veräußert worden ist, so ist das Legat ungültig. [l]) Wird dieselbe Sache Mehreren legirt, so sind diese Miteigenthümer, fällt einer von ihnen aus, d. h. erwirbt er das Vermächtniß nicht, so accrescirt sein Theil den übrigen. Dieß ist der Fall, es mag ihnen coniunctim, in einem Satz, Titio et Seio hominem Stichum do lego, oder disiunctim: Titio fundum do lego, Seio eundem fundum dieselbe Sache legirt sein. [m])

2) per damnationem. Heres meus Stichum servum meum dare damnas esto. [n]) Oder dato, dare iubeo, facito. [o]) Die Wirkung des Legats ist eine Obligatio zwischen Erben und Legatar zum dare: mancipiren, in Jure cediren, tradiren u. s. w. [p]) Der Legatar hat eine in personam actio ex testamento, [q])

---

d) Gaius II 281 Ulpian. XXV 9.

e) Fragm. vat. § 47. 57. 75 Paul. sent. III 6 § 26.

f) Gaius II 195.

g) L. 44 § 1 D. de leg. I (30).

h) Gaius II 200.

i) Gaius II 196 Ulpian. XXIV 7.

k) Gaius II 197 Ulpian. XXIV § 11 a. Fragm. Vat. § 85.

l) Gaius II 198 § 12 Inst. de legat. (2, 20).

m) Gaius II 199 Ulpian. XXIV § 12.

n) [Daher damnas esto legatum: Agroetius de orthogr. p. 2271. Putsch.: unde et in iure *damnas esto legamen* (legatum) dicitur, hoc est solvendo esto quod solvi omnibus modis necesse est, etiamsi res aliena legatur, cf. Serv. Aen. XII 727: in iure cum dicitur damnas esto hoc est damnatus est(o) ut des h. e. damno te ut des neque alias libereris. R.]

o) Gaius II 201 Ulpian. XXIV 4.

p) Paul. III 6 § 10 damnari heres potest, ut alicui domum extruat, aut aere alieno eum liberet, also auf ein facere, mithin auf ein Incertum. [L. 75 § 7 D. de V. O. (45, 1).]

q) [Seit der Lex Silia und Calpurnia eine condictio certi, triticaria oder incerti nach Verschiedenheit des legirten Gegenstandes: L. 9 § 1 D. de R. C. (12, 1): competit haec actio etiam ex legati causa et ex lege aquilia. Früher trat wie bei der Aquilia, die Legis Actio per manus iniectionem pro iudicato ein, vorausgesetzt 1) eine damnatio, 2) certa pecunia, denn die Legis Actio lautet: quod tu mihi — damnatus es sestertium decem milia — Gai. IV 21. Da dieser Executivproceß aber seit der Lex Valeria (Bd. I § 162 s) nur noch formell war (Gai. IV 25), so zog man vor, im ordentlichen Proceß aus dem dare oportere zu klagen, welches ja durch eine Damnatio nicht wie durch ein Judicat (Gaius III 180) consumirt war. R.]

leugnet der Erbe, in duplum.[r]) Auch fremde und künftige Sachen können so legirt werden.[s]) — Ist Mehreren zusammen (coniunctim) vermacht, so erhält jeder einen Theil, ist disiunctim legirt, so bekommt jeder das Ganze, also Einer den Werth. Es findet hier keine Accrescenz Statt, sondern es bleibt in der Erbschaft.[t]) Modificationen treten ein nach der Lex Papia (§ 325).

3) sinendi modo. Heres meus damnas esto sinere L. Titium hominem Stichum sumere sibique habere. Die Wirkung ist eine actio in personam, der Erbe ist aber nur zur Gestattung der Wegnahme verpflichtet, nicht zur Mancipation.[u]) Gegenstand des Legats können eigne Sachen des Testators sein oder Sachen des Erben, die ihm zur Zeit des Todes gehörten.[v]) Das Legat fremder Sachen wird nach dem S. C. neronianum aufrecht erhalten.[w]) Mehrere, denen coniunctim legirt ist, erhalten die Sachen gemeinschaftlich, jedoch ohne Accrescenz, wenn einer ausfällt; ist disiunctim vermacht, so waren verschiedene Ansichten: Einige nahmen Prävention an und dieß ist die consequenteste Ansicht, Andere dagegen wollten es hier so, wie bei dem legatum per damnationem, d. h. sie wendeten das S. C. neronianum darauf an, da nun eine fremde Sache, die des ersten Legatars, vermacht ist.[x])

4) per praeceptionem. L. Titius hominem Stichum praecipito. Hier waren zwei verschiedene Systeme[x*]): a) die Proculianer hielten die Silbe prae

---

r) [Auch diese in duplum revocatio setzt eine damnatio auf certa pecunia voraus, ohne beide Voraussetzungen liegt kein executorischer Anspruch (Bd. I § 179 s), mithin auch kein Grund vor, dem Erben die *indebiti* condictio in Beziehung auf die Obligatio zu versagen und ihn auf die Nichtigkeitsbeschwerde gegen die Damnation einzuschränken. Gai. II 283 § 7 Inst. de obl. quae quasi ex contr. (3, 28) definierunt veteres: ex quibus causis infitiando lis crescit, ex his causis non debitum solutum repeti non posse, veluti ex lege aquilia item ex legato. Quod veteres — in iis legatis locum habere voluerunt, quae 1) certa constituta, 2) per damnationem — legata fuerunt. Huschke Zeitschrift XIII 275 leugnet die Nothwendigkeit des zweiten Erfordernisses wegen Gai. II 201, wo dato als Formel des Damnationslegats angeführt wird. Aber eine Obligatio auf dare oportere ist noch nicht judicatmäßig, aus ihr muß man erst noch im ordentlichen Proceß (sacramento, per iudicis postulationem, per condictionem) klagen (Gai. III 160 IV 20), eine Manus Injectio: quod te mihi x milia *dare oportet* — ob eam rem tibi x milium pro iudicato manus inicio wäre undenkbar. Eben so wenig gab es eine Manus Injectio: quod tu mihi damnatus es x modios tritici optimi dare, quos dolo malo non solvisti, ob eam rem ego tibi x modiorum tritici optimi pro iudicato manus inicio, denn nur Geldurtheile sind executorisch. Schon aus diesem innern Grunde ist bei Gai. IV 9: adversus infitiantem in duplum agimus per actionem iudicati, depensi damni iniuriae — legatarum nomine, quae per damnationem certae relictae sunt, die Lücke nicht mit Huschke a. a. O. S. 258 durch item quantitatum, sondern nach Lachmann's Vorschlage durch vel pecuniarum auszufüllen. Scheurl's Einwand gegen die Conjectur (Beitr. 1852 No. V S. 131) erledigt sich durch die richtige Lesart bei Gaius III 323 istae pecuniae poenae esse. R. — Vgl. Keller Civilproceß Note 627.]

s) Gaius II 202. 203.

t) Gaius II 205 Ulpian. XXIV 13 Fragm. Vat. § 85. 87.

u) Wegen eines ungeschickten Ausdrucks in der epitome Gaii II 5. 6 (in quo legato — non quidem heres legatario rem — iubetur tradere, sed vindicante legatario non permittitur prohibere) glaubten Manche, es sei Vindication möglich gewesen, ungeachtet Theophilus II 20 § 2 dagegen ist. Nun hat der ächte Gaius II 213. 214 die Nachricht des Theophilus bestätigt. Der Fehler lag weniger darin, daß man Theophilus nicht eine unbedingte Glaubwürdigkeit beimaß, als daß man dem elenden Epitomator einen größern Glauben schenkte, als jenem. [Die Klage ist die incerti condictio: quidquid heredem ex testamento dare facere oportet Gai. II 213, denn sinere oder patientiam praestare ist ein non facere, mithin immer ein Incertum L. 75 § 7 D. de V. O. (45, 1). Die Manus Injectio ist ungeachtet der Damnatio unstatthaft, es fehlt das erste Erforderniß, der bestimmte Inhalt. R.]

v) Gaius II 210. *w*) Gaius II 211. 212.

x) Gaius II 215 L. 14 D. de usu leg. (33, 2).

*x**) [Vgl. Kretschmar die Natur des Prälegats 1874 § 7 ff.]

für überflüssig, es sei wie capito, also keine besondere Art, sondern ein Legat per vindicationem; dafür war eine Constitution Hadrian's; b) die Sabinianer hielten es für eine besondere Art, auf welche nur einem Miterben legirt werden könne, nach den Worten, praecipere sei so viel wie praecipuum sumere.[y]) Bei einem Extraneus hielt es Sabinus für nichtig, Julian und Pomponius ex S. C. neroniano für gültig.[z]) Geltend gemacht wird es durch das familiae erciscundae iudicium.[aa]) Daher können nur eigene Sachen des Testators (res hereditariae) so vermacht werden, bei fremden ist es nur ex S. C. neroniano gültig.[bb]) — Auch die Proculianer betrachteten es als ein besonderes Legat, wenn einem von mehreren Erben ohne Benennung eines Onerirten etwas vermacht wird, Prälegat. Nur hielten sie nicht dafür, daß jenes eine besondere Form sei, das Prälegat kann in allen Formen geschehen. Die Eigenthümlichkeit des Prälegats besteht darin, daß der Honorirte selbst einen Theil zu ertragen hat, daher ein Theil untergeht.[cc])

Diese vier Formen beziehen sich zunächst auf das Vermächtniß von Sachen. Vermacht wird 1) eine Forderung auf die Sache gegen den Erben, legatum per damnationen. 2) die Sache selbst a) zum Eigenthum, Vindications- und Präceptionslegat, nach der Ansicht der Proculianer; b) schlechtweg, sinendi modo und Präceptionslegat nach der Meinung der Sabinianer. — In den Formen außer dem Damnationslegat können nur Sachen und Jura in Re, per damnationem aber auch jeder andere Gegenstand legirt werden: Handlungen des Erben, Alimente, jährliche Renten ꝛc., alles, was Gegenstand einer Forderung sein kann.[dd])

Das Legat setzt einen testamentarischen Erben voraus, nur diesem ist es aufzulegen (legare ab aliquo). Daher auch nicht post mortem heredis, wohl aber cum heres morietur (nicht pridie quam heres meus morietur, Gaius: quod non pretiosa ratione receptum videtur).[ee]) Keinem Legatar,[ff]) auch nicht einem Intestaterben.[gg]) Daher sind die Legate ungültig, wenn das Testament ungültig ist. Diesem kann vorgebeugt werden durch die Codicillarclausel, die eventuelle Verwandlung in ein Fideicommiß.[hh]) Zuweilen bedarf es dieser Vorsorge nicht, es werden schon iure die Legati aufrecht erhalten, z. B. nach Novelle 115 (§ 311). Bei der bonorum possessio contra tabulas (§ 319). Ein solcher Fall ist, wenn der testamentarische Erbe in der Absicht, die Legate aufzuheben, in fraudem legatariorum die Erbschaft ausschlägt.[ii])

---

y) Gaius II 221—223. *z*) Gai. II 217. 218.

aa) Gai. II 219.

bb) Gai. II 220.

cc) Ulpian. XXIV 22 L. 34 § 11. 12 L. 116 § 1 D. de leg. I (30).

dd) Gaius II 197 § 21 Inst. de leg. (2, 20).

ee) Gai. II 232 Ulpian. XXIV § 16 Paul. sent. III 6, 5. 6 § 35 Inst. de legatis (2, 20).

ff) Gai. II 271 Ulpian. XXIV: a legatario legari non potest.

gg) Gai. II 270: item intestatus moriturus potest ab eo, ad quem bona eius pertinent, fideicommissum alicui relinquere, cum alioquin ab eo legare non possit.

hh) L. 1. 13 § 1 D. de iure cod. (29, 7). [Beispiel einer sehr ausführlichen Codicillarclausel aus spätester Zeit: Spangenberg tab. neg. (1822) p. 107. Stillschweigend L. 88 § 17 D. de leg. II (31): hoc meum testamentum scripsi sine ullo iuris perito (vgl. die Formel dolus malus, ius civile, iuris peritus abesto: Orelli inscr. 4374. 4390. 4391. 4821) rationem animi mei potius secutus, quam nimiam et miseram diligentiam, et si minus aliquid legitime minusve perite fecero, pro iure legitimo haberi debet hominis sani voluntas. R.]

ii) Dig. XXIX 4: si quis omissa causa testamenti ab intestato vel alio modo possideat hereditatem Cod. VI 39: si omissa sit causa testamenti.

Was die Anordnung im Testament selbst betrifft, so darf sie nicht ante heredis institutionem geschehen.[kk]) Aber auch in einem Anhang des Testaments, codicilli, wenn er nur im Testament bestätigt ist, codicilli testamento confirmati, können Legate gültig angeordnet werden.[ll])

Der Legatar muß Testamentifactio haben[mm]) und sonst fähig sein.[nn]) Wer nicht zu Erben eingesetzt werden kann, kann auch kein Legat erhalten. So nach vorjustinianischem Recht auch nicht eine incerta persona. Doch sub certa demonstratione, z. B. ex cognatis meis qui nunc sunt, qui primus ad funus meum venerit.[oo]) Im Grunde ist dies eine Bedingung, die incerta persona ist eine certa persona, deren Recht nur durch die Bedingung ungewiß gemacht wird.[pp]) Ein Legat kann auch nicht hinterlassen werden 1) dem, der in der Gewalt des Erben ist. Dieß ist indessen controvers: nach Servius Ansicht ist es gültig, aber es geht unter, wenn der Legatar zur Zeit der Erwerbung des Legats noch in der Gewalt ist. Nach Sabinus und Cassius ist es pure ungültig und kann ex post nicht gültig werden, sub condicione vermacht ist es gültig, wenn die Gewalt bis zur Existenz der Bedingung aufhört. Die Proculianer meinten, auch da wäre es nicht gültig, denn man könne auch sub condicione seinem subiectus nicht schuldig sein. Die Meinung der Sabinianer wurde später die herrschende.[qq]) 2) Dem, in dessen Gewalt der Erbe ist. Nach Gaius Meinung ist das Legat gültig, geht aber unter, wenn die Gewalt bei Antritt der Erbschaft fortdauert, nach der Meinung Ulpian's ist es immer ungültig. Justinian hat die Meinung des Gaius recipirt.[rr])

Dem Legat liegt die Absicht des Honorirens zu Grunde. Diese ist wesentlich. Wenn daher der Testator nicht dem Legatar eine Wohlthat zuwenden, sondern nur dem Erben eine Strafe auferlegen will (coërcendi heredis causa, legatum poenae nomine relictum), so gilt es nicht. Justinian verordnete, daß das Legat nicht mehr aus diesem Grund ungültig sein solle, außer wo die Strafe contra bonos mores wäre.[ss])

Falsa causa[tt]) oder falsa demonstratio[uu]) machen das Legat nicht ungültig.

II. Erwerb des Legats. Das Recht auf das Legat ist eine Obligatio zwischen dem Onerirten und Honorirten; also zu unterscheiden von dem vermachten Recht, von dem Recht, das Gegenstand des Vermächtnisses ist. Beim Vermächtniß giebt es keine Delation und Adquisition, so wenig wie bei einer andern Forderung. Unterschieden wird die Existenz der Forderung, dies cedit, Erwerb des Legats, und Geltendmachung, dies venit.[vv]) Das Recht des Vermächtnisses wird ohne den Willen und Wissen des Legatars erworben mit dem

---

kk) Gai. II 229 Ulpian. XXIV 15 Paul. sent. III 6, 2 § 34 Inst. de leg. II 20.

ll) Gai. II 270a Ulpian. X.

mm) Gai. II 218.

nn) Gai. II 110. 275 Ulpian. XXV 7 § 24 Inst. de leg. (2, 20).

oo) Sueton. Domit. c. 9 Gai. II 238. 287 Ulpian. XXIV § 18 Paul. sent. III 6 § 3 § 25 Inst. de legat. (2, 20).

pp) L. 1 pr. D. de legat. II (31).

qq) Gai. II 244 Ulpian. XXIV 23 § 32 Instit. de legat. (2, 20).

rr) Gai. II 245 Ulpian. XXIV 24 § 33 Inst. de legat. (2, 20).

ss) Gai. II 235 Ulpian. XXIV 17 § 36 Inst. de legat. (2, 20) Dig. XXXIV 6 Cod. VI 41: de his, quae poenae nomine in testamento vel codicillis relinquuntur.

tt) § 31 Inst. de legat. (2, 20) Cod. VI 44: de falsa causa adiecta legato vel fideicommisso.

uu) § 30 Inst. de legat. (2, 20) L. 17 pr. 34 pr. D. cond. et dem. (35, 1).

vv) § 204 c. Dig. XXXVI 2: quando dies legatorum vel fideicommissorum cedat. Cod. VI 53: quando dies legati vel fideicommissi cedit.

Eintritt eines gewissen Zeitpunkts (daher *dies* cedit). Bei unbedingten Vermächtnissen mit dem Tod des Erblassers, bei bedingten mit Existenz der Bedingung.[ww] Eine Hauptwirkung ist die Transmission auf die Erben, stirbt der Legatar vorher, so geht das Legat unter.[xx] Die Lex Papia hat den Zeitpunkt in dieser Beziehung hinausgerückt; der Erwerb erfolgt nicht vor Eröffnung des Testaments. Justinian stellte das alte Recht wieder her.[yy] Der Zeitpunkt der Geltendmachung, dies venit, tritt ein erst mit dem Antritt der Erbschaft, natürlich den Erwerb vorausgesetzt, kann aber durch einen dies noch weiter hinausgeschoben werden.[zz]

Ein Legat ist unwirksam, wenn seiner Erwerbung, der Existenz der Forderung ein Hinderniß entgegensteht, z. B. wenn die Sache dem Legatar schon gehört,[aaa] oder wenn der Legatar der Potestas der Erben unterworfen ist.[bbb] Hier gilt die regula catoniana: ein Legat, das unwirksam gewesen wäre, wenn der Testator gleich nach der Errichtung gestorben wäre, ist nicht gültig, wann er auch gestorben sein mag.[ccc] Diese Regel geht nur auf die, welche zu jener Zeit erworben werden, also nicht auf bedingte.[ddd]

III. Die Aufhebung der Legate geschieht 1) durch den Willen des Testators, ademtio.[eee] Nach altem Recht in derselben Form, wie es errichtet wurde, z. B. fundum neque do neque lego.[fff] Oder durch Ausstreichen in der Urkunde.[ggg] Auch mit Substitution eines andern Vermächtnisses, translatio, z. B. quod Seio legavi, id Titio do lego.[hhh] 2) außer dem Widerruf heißt die Aufhebung extinctum legatum. Sie tritt unter andern ein mit Aufhebung des Testaments und durch Nichtwollen des Legatars. Denn wenn es gleich ohne dessen Willen erworben wird, so doch nicht wider seinen Willen.[iii]

IV. Beschränkung der Legate. Nach der Lex Furia soll niemand mehr als 1000 Asses Legat erhalten,[kkk] exceptis quibusdam personis: Verwandter

---

ww) Ulpian. XXIV 31 L. 21 pr. D. eod.

xx) Ulpian. XXIV 30: ad heredem legatarii legata non aliter transeunt, nisi iam die legatorum cedente legatarius decesserit.

yy) Ulpian. XXIV 31 L. un. § 1 C. de cad. toll. (6, 51).

zz) L. 69 pr. 86 § 2 D. de leg. I (30) L. 32 pr. 80 D. de leg. II (31) L. 26 D. de usu et usufr. (33, 2) L. 65 D. de furtis (47, 2) L. 1. 2 C. comm. de leg. (6, 43). [Beim Legat persönlicher Servituten cedirt der dies nicht einmal vor dem Antritt der Erbschaft, weil ein solches Legat nicht auf die Erben transmittirt wird Dig. VII 3: quando dies ususfructus legati cedat. R.]

aaa) § 10 Inst. de legat. (2, 20): si rem legatarii quis ei legaverit, inutile est legatum: quia quod proprium est ipsius amplius eius fieri non potest (§ 14 Inst. de act. 4, 6) et licet alienaverit rem, non debetur nec ipsa res nec aestimatio eius.

bbb) Gaius II 244 § 32 Inst. de legat. (2, 20).

ccc) L. 1 D. de regula catoniana (34, 7): Catoniana regula sic definit: quod, si testamenti facti tempore decessisset testator, inutile foret, id legatum, quandocunque decesserit, non valere. Arndts Rhein. Mus. V 9 (1833).

ddd) Gaius II 244 § 32 Inst. de legat. (2, 20) L. 1 pr. § 1. 2 D. eod.

eee) Inst. II 21: de ademtione et translatione legatorum Dig. XXXIV 4: de adimendis vel transferendis legatis.

fff) Ulpian. XXIV 29.

ggg) Dig. XXVIII 4: de his, quae in testamento delentur, inducuntur, inscribuntur.

hhh) [Paulus stellt ein der Novatio durch Nominum Obligatio ähnliches Schema auf: transscriptio legati fit quattuor modis: aut enim a persona in personam transfertur: aut ab eo qui dare iussus est, transfertur, ut alius det, aut cum res pro re datur, — aut quod pure datum est, transfertur sub condicione L. 6 pr. D. de adim. (34, 4). R.]

iii) Gai. III 195 L. 81 § 6 L. 86 § 2 D. de leg. I (30).

kkk) Varro lib. III: de vita pop. rom. (I 247 bip.): plebisque scito cautum, ne quis legaret causave mortis donaret supra asses mille. Cic. p. Balb. 8 in Verr. I 42 Gai. II 225.

bis zum sechsten Grad einschließlich des sobrino natus.[lll]) Wer ein höheres Legat annimmt, restituirt das Vierfache.[mmm]) Das Gesetz ist zugleich zu Gunsten der Erben und der exceptae personae gegeben und die erste Berücksichtigung der natürlichen Verwandten bei der Erbfolge.

Die strenge Beschränkung der Lex Furia wurde gemildert durch eine Lex Voconia (585) bei denen, die in der ersten Classe (mit wenigstens 100,000 Asses) censirt sind. Der Testator war nicht mehr auf gewisse Summen beschränkt, nur darf kein Legat mehr betragen, als der Erbe erhält.[nnn])

Diese Bestimmungen wurden aufgehoben durch die Lex Falcidia 714.[ooo]) Die Möglichkeit, Legate zu geben, sollte allerdings eine Grenze haben, damit nicht die Weigerung der Erben, die Erbschaft anzutreten, die Legate selbst gefährdete, also im Interesse der Legatarien und der Erben. Diese Schranke wurde aber so festgesetzt, daß sie einerseits diesem Zweck vollkommen entspricht, mehr als jene früheren Gesetze, andererseits aber dem Testator noch einen sehr freien Spielraum läßt: Ein Dodrans des Vermögens kann in Legaten gegeben werden (wie viele Legate angeordnet worden sind, ist gleichgültig), ein Quadrans soll dem Erben unbeschwert bleiben. Der Abzug geschieht von jedem Legat pro rata. Dieß ist die Quarta Falcidia.[ppp]) Nach der Lex Julia vicesimaria hatte der Staat ein unmittelbares Interesse an der Aufrechthaltung der Testamente, also an der Beobachtung der Lex Falcidia. Daher war nach den römischen Juristen kein Verbot des Abzugs gültig; durch Justinian wurde es möglich gemacht.[qqq])

CCCXXII. Eine später aufgekommene, ohne Zweifel durch die Schranken der Legate veranlaßte Form der Vermächtnisse waren die Fideicommisse.[a]) In der zweiten Periode kam es auf, daß der Testator seinem Erben ohne weitere Form ein Vermächtniß auferlegte, indem er ihn bat, jemanden etwas zu geben oder zu überlassen,[b]) non civilibus sed precativis verbis.[c]) Daher heißt die

---

lll) Fragm. Vat. § 301 Ulpian. XXVIII 7.

mmm) Ulpian. § 2 Gai. IV 23. 24.

nnn) Cic. in Verr. I c. 43 Gai. II 226.

ooo) Gai. II 227 Paul. sent. III 8 Inst. II 22 Dig. XXXV 2 Cod. VI 50: ad legem falcidiam. [Die äußere Veranlassung gaben die Kosten des Krieges gegen Sextus Pompejus, zu deren Bestreitung eine Erbschaftssteuer auf testamentarische Erbschaften ausgeschrieben wurde Appian. b. c. V 67, um diese Steuer gegen die Gefahr des Ausschlagens der testamentarischen Erbschaften zu sichern, wurde die Lex gegeben, in welcher die Gewährung größerer Legatfreiheit die gehässige Maßregel annehmlicher machen sollte. R.]

ppp) Die Worte finden sich in L. 1 pr. D. ad. l. falc. (35, 1): lex falcidia — primo capite liberam legandi facultatem dedit his verbis: qui cives romani sunt, qui eorum post hanc legem rogatam testamentum facere volet, ut eam pecuniam easque res quibusque dare legare volet, ius potestasque esto, ut hac lege sequenti licebit. Secundo capite modum legatorum constituit his verbis: quicunque civis romanus post hanc legem rogatam testamentum faciet, is quantam (Gai. II 226) cuique civi romano pecuniam iure publico (§ 306 a. g) dare legare volet, ius potestasque esto: dum ita detur legatum, ne minus quam partem quartam hereditatis eo testamento heredes capiant. Eis, quibus quid ita datum legatum est, eam pecuniam sine fraude sua (Note mmm) capere liceto, isque heres, qui eam pecuniam dare iussus damnatus est, eam pecuniam debeto dare, quam damnatus est. Ueber die Berechnung siehe Puchta Pandekten § 546.

qqq) Nov. 1 c. 2 Nov. 119 c. 11.

a) Gai. II 246—267 Ulpian. XXV Paul. IV 1 Inst. II 24: de singulis rebus per fideicommissum relictis. 25: de codicillis Cod. VI 42: de fideicommissis.

b) Cic. de fin. II 17. (Dazu: Gai. II 274).

c) Ulpian. XXV 1: fideicommissum est, quod non civilibus verbis, sed precative relinquitur, nec ex rigore iuris civilis proficiscitur, sed ex voluntate datur relinquentis.

Anordnung fidei alicuius committere, der Belaſtete fiduciarius, der Honorirte fideicommissarius. Dieſes fidei committere wird entgegengeſetzt dem directo iure relinquere. Urſprünglich entſtand kein rechtlicher Anſpruch gegen den Erben daraus, es beruhte lediglich auf Redlichkeit und Pietät des Onerirten.[d]) Später aber wurde es klagbar durch extraordinaria cognitio, zuerſt unter Auguſt, der den Conſuln dieſe Cognitio auftrug, nachher trat auch neben die Conſuln ein eigner praetor fideicommissarius.[e]) Auguſt ſelbſt hatte den Vorgang gemacht, als Erbe des Lucius Lentulus.[f])

Es war ein bedeutender Unterſchied zwiſchen Legaten und Fideicommiſſen.[g]) Allmählich aber hatten ſie ſich in der dritten Periode in vielen Punkten genähert, ſo daß ſchon Ulpian ſagen konnte, in den meiſten Punkten ſeien beide ausgeglichen. Vollſtändig geſchah dieß erſt in der vierten Periode.[h])

1) Die Anordnung der Fideicommiſſe kann ohne alle Form geſchehen. Mündlich durch beliebige Erklärung, auch durch bloßen Wink.[i]) Schriftlich durch einen Brief an die Erben, Billet, codicilli, an die teſtamentariſchen Erben, ſowohl durch testamento confirmati, als non confirmati, an die Inteſtaterben durch Inteſtatcodicille.[k]) Sie können ohne alle Form errichtet werden, nur iſt Gewißheit des Willens nothwendig. Dieſe Codicille erhielten eben durch Auguſt eine rechtliche Bedeutung, den testamento confirmati wurde ſogar die Eigenſchaft beigelegt, daß Legate darin möglich waren. Schon damals war dieſe Beſtimmung ſo befeſtigt, daß auch Labeo Codicille hinterließ.[l]) — Die Anordnung des Fideicommiſſes konnte indeſſen auch im Teſtament geſchehen, auch vor der Erbeinſetzung.

2) Der Onerirte kann jeder ſein, der vom Erblaſſer etwas erhält: die Erben, teſtamentariſche und Inteſtaterben (nur Fähigkeit des Erblaſſers zum Teſtiren vorausgeſetzt), Legatarien, Fideicommiſſarien.[m])

3) Honorirt konnte urſprünglich auch ein Unfähiger werden, es war keine Teſtamentifactio erforderlich, denn der Honorirte erhält nichts ex testamento, ſondern vom Onerirten. Alſo Peregrinen, Latini Iuniani, Frauensperſonen gegen die Lex Voconia; ferner incertae personae, postumi alieni, caelibes und orbi. Dieß wurde ſchon in der dritten Periode geändert, durch das S. C. pegasianum, welches die Beſtimmungen der Lex Julia und Papia darauf anwendete. Durch ein S. C. unter Hadrian wurden Peregrinen für unfähig erklärt, das

---

2: verba fideicommissorum in usu fere haec sunt: fideicommitto, peto, volo dari et similia. Paul. IV § 4—6. 11 § 3 Inst. de sing. reb. (2, 24).

d) Cic. de finib. II 18: si te amicus tuus moriens rogaverit, ut hereditatem reddas suae filiae, nec usquam id scripserit, nec cuiquam dixerit, quid facies? Tu quidem reddes — ut Sex. Peducaeus — cum sciret nemo eum rogatum a C. Plotio — ultro ad mulierem venit, eique nihil opinanti viri mandatum exposuit, hereditatemque reddidit.

e) Gai. II 278. 279 Ulpian. XXV 12 Sueton. Claud. c. 23 § 1 Inst. de fid. hered. (2, 23) L. 2 § 32 D. de O. I (1, 2). [Die Conſuln in größeren, die Prätoren in geringeren Sachen Quintil. III 6: non debes apud praetorem petere fideicommissum, sed apud consules, maior enim praetoria cognitione summa est. R.]

f) pr. Inst. de cod. (2, 25).

g) Gaius II 268—289 Ulpian. XXV 1—13.

h) L. 1 D. de leg. I (30) (Ulpian.): *Per omnia* exaequata sunt legata fideicommissis.

i) Ulpian. XXV 3: etiam nutu relinquere fideicommissum in usu receptum est.

k) Gaius II 270 a. 273 Ulpian. XXV 8 § 1 Inst. de cod. (2, 25) L. 8 pr. D. de iure cod. (29, 7).

l) pr. Inst. de cod. (25, 2): post quae tempora cum et Labeo codicillos fecisset, iam nemini dubium erat, quin codicilli iure optimo admitterentur.

m) Paul. IV 1 § 1—3 § 1 Inst. de sing. reb. (2, 24).

Hinterlassene vindicirte der Fiscus. Ebenso durch ein Senatusconsult unter Hadrian incertae personae.[n]) Daher konnte Ulpian sagen: fideicommisso dari potest his, quibus et legari potest, mit Ausnahme der Latini Iuniani.[o])

4) Die Wirkung ist immer nur eine Forderung gegen den Onerirten (kein Eigenthum ipso iure).[p]) Bei der Beurtheilung dieser Obligatio wurde aber nicht streng juristisch verfahren, sie war eine extraordinaria cognitio, bei der Vieles vom Ermessen des Magistrats abhing. Daher konnte denn auch Sclaven, ja fremden Sclaven die Freiheit hinterlassen werden.[q]) Wenn fremde Sachen hinterlassen sind und der Onerirte kann sie nicht bekommen, so glaubten Einige, der Honorirte könne nichts, Andere, er könne die Aestimation fordern.[r]) Letzere Meinung ist im justinianischen Recht recipirt. Fideicommisse erhalten bei Mora ein augmentum durch Früchte und Zinsen, Legate nicht.[s]) Bei Fideicommissen findet Zurückforderung des irrig zu viel Bezahlten Statt, bei Legaten nicht.[t])

5) Die Aufhebung ist ohne alle Form möglich. Auch stillschweigend, z. B. durch Todfeindschaft, die nachher entstanden ist, wird das dem „pessimus libertus" ausgesetzte Fideicommiß aufgehoben.[u]) In der dritten Periode schon ist dieß übergegangen auf Legate, aber nur durch Exceptio Doli.[v])

6) Fideicommisse waren der Lex Falcidia nicht unterworfen, weil sie damals noch nicht verbindlich waren für die Erben. Aber bald wurde jene auch auf sie erstreckt, durch S. C. pegasianum unter Vespasian.[w])

CCCXXIII. Die Söhne Constantin's hoben die Nothwendigkeit bestimmter Formeln bei den Legaten auf, wie bei der Erbeinsetzung.[a]) Dessenungeachtet wurden noch immer Legate und Fideicommisse unterschieden, auch in den Wirkungen, so weit nicht schon früher eine Ausgleichung eingetreten war. Wie unterschied man nun beide? 1) Nur einem testamentarischen Erben kann ein Legat aufgelegt werden, also alle andern Personen aufgelegte Vermächtnisse sind Fideicommisse. 2) Bei den Legaten unterschied man, ob verba directa oder precativa gebraucht waren, was eigentlich inconsequent war, da es ja eben auf die Worte nicht mehr ankommen sollte. Justinian hat endlich alle Unterschiede zwischen Legaten und Fideicommissen aufgehoben.[b]) Daher wird in L. 1 D. de leg. I (30) (Ulpian.) gesagt: *per omnia* exaequata sunt legata fideicommissis. Also gab es fortan nur Ein Vermächtniß. Dieß Vermächtniß wird nun noch theils legatum, theils fideicommissum genannt, ein bloß conventioneller Sprachunterschied, jenem Herkommen gemäß. Jedes Vermächtniß soll als Legat und Fideicommiß beurtheilt werden. Die günstigeren Rechtssätze wurden von jedem auf das andere übertragen.

---

n) Gaius II 284—287.

o) Ulpian. XXV 6.

p) Paul. sent. IV 1, 16: ius omne fideicommissi non in vindicatione, sed in petitione consistit.

q) Gaius II 263—283 Ulpian. XXV 18 Savigny System II S. 146.

r) Gaius II 262.

s) Gaius II 280 Cod. VI 47: de usuris et fructibus legatorum seu fideicommissorum.

t) Gaius II 283 Ulpian. XXIV § 33 (vgl. § 321 r).

u) L. 29 D. de adim. leg. (34, 4). [Rudorff Testament des Dasumius, Zeitschrift für gesch. Rechtswiss. XII S. 370. 381.]

v) L. 3 § 11 L. 13 D. de adim. leg. (34, 4).

w) Gai. II 254.

a) L. 15 C. de testam. (6, 23).

b) L. 1. 2 C. comm. de leg. (6, 43).

Dieß gilt nur von einem Punkt nicht, nämlich von der Form der Errichtung. Nach altem Recht wurden die Fideicommisse ohne Form errichtet. Nach neuerm Recht ist für alle Vermächtnisse eine Form vorgeschrieben, sie konnten nur errichtet werden: 1) in Testamenten, 2) in codicillis testamento confirmatis, ohne weitere Form, 3) in selbständigen Codicillen, d. h. in codicillis non confirmatis und Intestatcodicillen. Für diese schrieb Constantin 7 oder 5 Zeugen vor, wie bei den Testamenten jener Zeit,[c] Theodosius 5 Zeugen. Die Errichtung konnte mündlich und schriftlich geschehen, bei letzterer war Unterschrift der Zeugen[d] und des Testators nothwendig.[e] 4) Doch giebt es auch eine formlose Errichtung eines Vermächtnisses, wenn seine Existenz von dem Honorirten auf den Eid des Onerirten gestellt wird.[f]

CCCXXIV. Jeder Vermächtnißnehmer ist Singularsuccessor. Dieß tritt am entschiedensten hervor, wenn eine einzelne Sache, oder ein einzelnes Recht, überhaupt ein einzelnes Stück des Vermögens Gegenstand des Vermächtnisses ist, oder auch eine größere Anzahl solcher Stücke: Singularvermächtniß.[a] Ein solcher Vermächtnißnehmer unterscheidet sich von dem Erben auch in dem Gegenstand. Aber es kann durch Vermächtniß auch eine Quote der Güter, oder alle Güter zugewendet werden: Universalvermächtniß.[b] Dieß Vermächtniß kommt in dem Gegenstand mit der Erbfolge überein. Seine rechtliche Natur hat sich folgendermaßen entwickelt.

Ein Universalvermächtniß kommt im römischen Recht vor:

1) als Legat. Ein Legat, durch welches ein quoter Theil der Erbschaft hinterlassen wird, heißt partitio, die ganze Erbschaft kann nicht durch Legat hinterlassen werden, weil sonst kein Erbe möglich wäre:[c] Heres meus cum Titio hereditatem meam partitor, dividito. Hier ist die Hälfte legirt, der Theil kann aber auch bestimmt sein.[d] Nach der Meinung der Sabinianer erhielt der Vermächtnißnehmer die Aestimation, nach der der Proculianer die Quote der einzelnen Sachen selbst, wie ein Miterbe. Später entschied man sich weder unbedingt für die eine, noch für die andere Ansicht, doch mehr für die der Sabinianer. Man nahm an, der Anspruch gehe auf Theilung der Erbschaft, das Wie stehe im Ermessen des Erben; es komme auf die bequeme Theilbarkeit der Sachen an, der Erbe könne auch die Sachen überhaupt theilen, ohne Theilung der einzelnen.[e] — Bei diesem Vermächtniß blieb man nun streng bei dem Grundsatz stehen, daß ein Legatar bloßer Singularsuccessor sei. Daher findet kein Uebergang der Forderungen Statt, der Erbe hat den Werth zu prästiren oder zu cediren. Eben so kein Uebergang der Schulden. Der legatarius partiarius kann nicht von den Gläubigern belangt werden. Daher geschehen zwischen Erben und Legatar stipulationes partis et pro parte, 1) der Erbe verspricht alles noch Einkommende pro rata mitzutheilen, 2) der Legatar,

---

c) L. 1 C. Th. de testam. (4, 4).
d) L. 7 C. Th. eod. L. 8 § 3 C. de codicillis (6, 36).
e) L. 28 § 1 C. de testam. (6, 23).
f) L. 32 C. de fideic. (6, 42). § 12 Inst. de fideic. hered. (2, 23).
a) Inst. II 24: de singulis rebus per fideicommissum relictis.
b) Gai. II 247—259 Inst. II 23: de fideicommissariis hereditatibus.
c) [Ueber einen andern Grund vgl. § 308 s. R.]
d) Ulpian. XXIV 25.
e) L. 26 § 2 L. 27 D. de leg. I (30).

dem Erben den Nachtheil pro rata zu ersetzen.[f]) Dieses Partitionslegat giebt es im justinianischen Recht nicht mehr, alle Universalvermächtnisse werden wie Universalfideicommisse behandelt.

2) als Fideicommiß, Universalfideicommiß, fideicommissum hereditatis, im Gegensatz zu fideicommissum singularum rerum, fideicommissaria hereditas, im Gegensatz zur directa. Hier kann nicht bloß eine Quote, sondern auch die ganze Erbschaft Gegenstand des Vermächtnisses sein, die durch den Fiduciar hindurch geht und also mittelbar an den Fideicommissar kommt. — Auch hier wurde anfangs streng der Satz aufrecht erhalten, daß ein Vermächtnißnehmer bloßer Singularsuccessor sei, mit den obigen Folgen. Daher sind auch hier stipulationes nöthig bei der Restitution. Diese Stipulation geschieht wie beim Verkauf einer Erbschaft (daher geschah wohl auch die Restitution in der Form eines Verkaufs, nummo uno), stipulationes quasi emtae et venditae hereditatis.[g])

Unter Nero wurde durch das S. C. trebellianum[h]) bestimmt: wenn dem Fideicommissar die Erbschaft dem Willen des Testators gemäß restituirt wird, so soll er, so weit er sie erhält, auch als Erbe behandelt, die Klagen ihm und gegen ihn als utiles gegeben werden. Der Erbe war frei, daher jene Cautionen nicht mehr nöthig.

Hierauf wurde das S. C. pegasianum gegeben,[i]) durch welches der Abzug der Falcidia bestimmt wurde (§ 321 w). Wenn nun der Erbe ex S. C. pegasiano restituirt, d. h. wenn ihm das Viertel nicht freigelassen ist, so findet keine Anwendung des S. C. trebellianum Statt. Der Fideicommissar wird wie ein legatarius partiarius behandelt und stipulatio quasi partis et pro parte[k]) geschlossen.

Das Resultat für die Zeit der römischen Juristen ist: 1) ist ein Viertel freigelassen, so erfolgt Restitution ex S. C. trebelliano, 2) ist dieß nicht geschehen, ex S. C. pegasiano mit Stipulationen. Dieß gilt aber auch, wenn der Erbe keinen Abzug machen will, dann treten ein die stipulationes quasi emtae et venditae hereditatis.[l]) Doch hat er in diesem Fall noch ein besseres Mittel, indem er nicht antritt, sondern sich durch einen Befehl von Seiten des Prätors auf Verlangen des Fideicommissars zum Antritt zwingen läßt. Hier hat der Antritt ipso iure keinen Nachtheil für ihn, er wird activ und passiv so betrachtet, wie wenn nicht er Erbe wäre, sondern der Fideicommissar.[m])

Justinian verordnete: wenn der Erbe nicht mehr, als der Erblasser aufgetragen, restituirt, so soll die Restitution stets ex S. C. trebelliano geschehen. Ebenso aber auch, wenn er mit Abzug der Quart restituirt, daher diese bei den

---

f) Ulpian. XXV 15. [Die partis stipulatio ist die Stipulation des Legatars, die pro parte (indemnem oder fore defensum iri) die des Erben. R.]

g) Gai. II 252. Vgl. § 312 l.

h) Paul. IV 2 Dig. XXXVI 1 Cod. VI 49: ad senatusconsultum trebellianum. Die Worte in L. 1 § 2 D. eod. lauten: cum esset aequissimum in omnibus fideicommissariis hereditatibus, si qua de his bonis iudicia penderent, ex his eos subire, in quos ius fructusque transferretur potius, quam cuique periculosam esse fidem suam, placet [ut] actiones, quae in heredem heredibusque dari solent, eas neque in eos neque his dari, qui fidei suae commissum, sicuti rogati essent, restituissent, sed his et in eos, quibus ex testamento fideicommissum restitutum fuisset, quo magis in reliquum confirmentur supremae defunctorum voluntates.

i) Paul. IV 3: de senatusconsulto pegasiano.

k) Gai. II 254.

l) Gai. II 255—257 Ulpian. XXV 14 § 6 Inst. de fid. hered. (2, 23).

m) Gai. II 258. 259 Paul. IV 4: de repudianda hereditate.

Neueren Trebellianische Quart genannt wird. Er kann aber auch gezwungen werden, mit jener Folge. [n])

Durch das S. C. trebellianum ist dem Universalfideicommiß eine dem Erbrecht analoge Wirkung beigelegt worden. Der Fideicommissar wird als Universalsuccessor behandelt, sein Recht ist durch eine fideicommissaria hereditatis petitio geschützt.[o]) In Beziehung auf Errichtung und Erwerbung aber wird das Universalfideicommiß noch ganz wie ein Vermächtniß behandelt. Die fideicommissaria hereditas ist ein vermitteltes Erbrecht.

Mortis Causa Capiones.

CCCXXV. Das Vermächtniß ist eine Gabe aus der Erbschaft, oder die der Vermächtnißnehmer wenigstens von dem Erben oder Vermächtnißnehmer, nachdem diese es geworden sind, erhält.

Nun giebt es aber noch andere Zuwendungen, die von dem Tod des Gebers abhängen, die man occasione hereditatis erhält: mortis causa capiones.[a])

Eine solche ist z. B. die mortis causa donatio (§ 205). Sie kommt nicht aus der Erbschaft, ist daher kein Vermächtniß. Diese mortis causa donationes sind späterhin in den meisten Stücken den Vermächtnissen gleichgestellt worden. So wurden durch ein Senatusconsult die Bestimmungen der Lex Julia darauf ausgedehnt,[b]) auch die Lex Falcidia[c]) und andere materielle Vorschriften über Vermächtnisse darauf angewendet.[d]) — Justinian endlich stellte sie auch in der Form den Vermächtnissen gleich, indem er die Codicillarform vorschrieb: Zuziehung von fünf Zeugen.[e]) Im Testament können sie nicht gegeben werden, weil der in der Schenkung liegende Vertrag eine Unterbrechung der unitas actus herbeiführen und dadurch das Testament ungültig machen würde.

Caduca und Ereptoria.

CCCXXVI. Wenn etwas gültig hinterlassen ist, so daß es von dieser Seite iure civili, d. h. nach altem ius civile, ius antiquum, im Gegensatz zu den neuern singulären Gesetzen, namentlich der Lex Julia und Papia, erworben werden kann, und es wird aus irgend einem Grund nicht erworben, so heißt es

---

n) § 7 Inst. de fideicommissariis hered. (2, 23).

o) Dig. V. 6: de fideicommissaria hereditatis petitione.

a) L. 31 pr. D. de mortis causa donationibus et capionibus (39, 6): mortis causa capitur, cum propter mortem alicuius capiendi occasio obvenit: exceptis his capiendi figuris, quae proprio nomine appellantur: certe enim et qui hereditatis aut legati aut fideicommissi iure capit, ex morte alterius nanciscitur capiendi occasionem: sed quia proprio nomine hae species capiendi appellantur, ideo ab hac definitione separantur. [Der Begriff entstand durch die Bestimmung der Lex Furia, welche das legatorum *mortisve causa capere* über 1000 Asse verbot Gai. II 225, und wurde durch die successiven Capacitätsbestimmungen der Lex Voconia Gai. II 226: ne cui plus legatorum nomine *mortisve causa capere* liceret, quam heredes caperent (vgl. die Sacralpflicht dessen, qui *morte* testamentove tantundem *capiat*, quantum omnes heredes Cic. de leg. II 19), der Lex Falcidia § 321 000, der Lex Junia Gai. I 23 II 100, und der Lex Julia und Papia Poppäa ausgebildet. Im Sinne des letzten Gesetzes wurde auch die pro herede usucapio als mortis causa capio betrachtet L. 4 D. pro herede (41, 5). R.]

b) L. 9. 22. 35 pr. D. eod.

c) L. 5 C. ad l. falc. (6, 50) L. 2 C. de don. c. m. (8, 56).

d) Puchta Pandekten § 552.

e) L. 4 C. de mortis c. don. (8, 56).

caducum. Dahin gehört sowohl Erbeinsetzung als Vermächtniß.[a] Vorausgesetzt wird indeß, daß dadurch nicht das ganze Testament wegfällt und die Inteſtaterbfolge eintritt. Dann ist es nämlich nicht caducum, denn es fällt die Delation selbst weg und wird für nicht geschehen erachtet. So wenn der heres ex asse die Erbschaft ausschlägt. Wenn aber der heres pro parte ausschlägt, oder vor der Erwerbung stirbt, so wird die Quote caduc.[b] Was gleich ungültig hinterlassen oder vom Testator widerrufen ist, wird nicht caducum. Daher sind den caduca entgegengesetzt ea quae pro non scriptis habentur.[c] Z. B. ex S. C. liboniano, was jemand sich selbst schreibt.[d]

Es giebt zwei Arten von Caducum im allgemeinen Sinn: 1) Caducum im eigentlichen Sinn, wenn jener Umstand, der die Capio hindert, nach dem Tod des Testators eintritt oder sich entscheidet. So Tod des Bedachten vor Eröffnung des Testaments, Nichtexistenz der Bedingung, Repudiation, Cälibat und Orbität, überhaupt alles, was gegen die Lex Julia und Papia streitet; 2) in causa caduci, schon vor dem Tod des Testators: Tod des Honorirten, Defizienz der Bedingung.[e]

Dieser Begriff der Caduca ist besonders von Bedeutung durch die Lex Julia und Papia, welche das Schicksal dieser Caduca auf eine vom Jus civile abweichende Weise bestimmt hat.

Nach dem Recht vor der Lex Julia und Papia, iure antiquo, iure civili in diesem Sinne, fällt das Caducum vor allem an den Substituten, wenn ein solcher ernannt ist, vielmehr bewirkt dieser eigentlich, daß es nicht Caducum wird.[f] Sodann aber tritt bei einem ausfallenden Erbtheil Accrescenz an die Miterben ein. Der Grundsatz ist: die erhalten den Erbtheil, welche ihn gehabt hätten, wenn das Wegfallende gar nicht existirt hätte. Dieß können Alle sein, nach Verhältniß ihres Erbtheils, aber auch nur Einer von Mehreren, wenn zwei coniuncti eingesetzt sind.[g] Caduke Vermächtnisse werden nicht prästirt, bleiben also bei der Erbschaft und dem Onerirten. In gewissen Fällen tritt eine Accrescenz ein (§ 320). Die Accrescenz ist bei Legaten schon ihrer

---

a) Ulpian. XVII L. un. C. de caducis tollendis (6, 51). [Francke Beiträge (1828) S. 112 ff. Rudorff über die caducorum vindicatio (Zeitschrift für gesch. Rechtsw. VI 6 (1828) Baumeister das Anwachsungsrecht der Miterben nach röm. Recht (1829) Mayer das Recht der Anwachsung bei dem testamentlichen und gesetzlichen Erbrechte (1835) Schneider das altcivile und justinianische Anwachsungsrecht bei Legaten und die caducarischen Bestimmungen der Lex Julia und Papia (1837). (Dazu die Rec. von Huschke in Richter's Jahrb. 1838 S. 314 ff.) Danz Lehrbuch II 171 ff.]

b) Ulpian. XVII 1: quod quis sibi testamento relictum ita ut iure civili capere possit aliqua ex causa [d. h. alia qua ex causa, einem nicht schon im alten Civilrecht anerkannten Grund der Unfähigkeit. R.] non ceperit, caducum appellatur, veluti cecidit ab eo: verbi gratia si caelibi vel latino iuniano legatum fuerit, nec intra dies centum vel caelebs legi paruerit vel latinus ius quiritium consecutus sit: aut si ex parte heres scriptus vel legatarius ante apertas tabulas decesserit vel pereger factus sit. vgl. Ulpian. I 21.

c) Dig. XXXIV 8: de his, quae pro non scriptis habentur.

d) L. 1 D. eodem.

e) L. un. § 2 C. de cad. toll. (6, 51): vel vivo testatore — relictum expirabat — quod veteres appellabant in causa caduci, vel mortuo iam testatore — deficiebat, quod aperta voce caducum nuncupatur.

f) L. un. pr. C. eod.: ipsis testamentorum conditoribus sic gravissima caducorum observatio visa est, ut et substitutiones introducerent, ne fiant caduca, et si facta sint, ad certas personas recurrere disponerent: vias recludentes, quas lex papia posuit in caducis: quod et nos fieri concedimus.

g) L. 64 D. de her. inst. (28, 5).

Natur nach beschränkt, alle Erben sind coheredes, nicht alle Legatarien collegatarii.

Nach dem Recht der Lex Papia dagegen haben nur gewisse Personen das ius antiquum: 1) der Substitut, der eigentlich die Caducität hindert (Note f), 2) Ascendenten und Descendenten des Erblassers bis zum dritten Grad, die im Testament bedacht sind, wenn also ihnen nach dem ius antiquum das Ausfallende gebührt, so findet Accrescenz und Behalten des Onus Statt.[h])

Außerdem ist das Jus antiquum ausgeschlossen und es tritt ein vindicare caducum ein. Dieß Recht haben:

1) die patres, d. h. die im Testament bedachten, welche Kinder haben, qui in eo testamento liberos habent. Das Recht heißt ius patrum.[i]) Zuerst haben es die Erben, dann die Legatarien. Der collegatarius coniunctus, i. e. verbis coniunctus, geht allen, Erben und Legatarien, vor. Hier denn auch nach der bei den römischen Juristen herrschenden Ansicht bei dem legatum per damnationem.[k])

2) Nach diesen das Aerarium. Nach einer Constitution des Caracalla allgemein der Fiscus.[l]) Es entsteht die Frage: wurde das Recht der patres dadurch aufgehoben? Viele glauben dieß: omnia caduca fisco vindicantur. Aber die Stelle kann sehr wohl bloß von der Veränderung mit dem Staatsschatz verstanden werden, schon vorher trat wahrscheinlich in manchen Fällen der Fiscus an die Stelle des Aerars, z. B. in einer provincia Caesaris. Andere Gründe für die Fortdauer des ius patrum sind nicht stichhaltig. So, daß Ulpian selbst vom ius patrum spricht. Denn es geziemte sich, jedenfalls das frühere Recht vorzutragen, da die Verordnung von Caracalla möglicherweise eine vorübergehende Finanzspeculation sein konnte. Ferner daß in den fragmenta de iure fisci ius patrum und fiscus neben einander vorkommen.[m]) Dieß konnte schon vor Caracalla wahrscheinlich eintreten, z. B. in den Provinciae Cäsaris, und nicht unwahrscheinlich auch nach Caracalla, wo eben das ius patrum wiederhergestellt war.[n])

Der Delator bekommt einen Theil, wenn Aerar oder Fiscus vindicirt.[o]) Nero hat ihn auf ein Viertel gesetzt.[p]) Auch der Verlierende selbst erhält die Hälfte ex edicto D. Traiani.[q]) Unterlassung der Anzeige ist mit Strafe bedroht. Wer ein cadukes Vermächtniß auszahlt, verliert das seinige zur Strafe.[r]) Die Vindicanten müssen das Onus des Caducum übernehmen.[s])

---

h) Ulpian. XVIII: liberis et parentibus testatoris usque ad tertium gradum lex papia ius antiquum dedit, ut heredibus illis institutis quod quis ex eo testamento non capit, ad hos pertineat, aut totum, aut ex parte prout pertinere possit L. un. pr. C. de cad. toll. (6, 51).

i) Fragm. de iure fisci § 3 Juvenal. sat. IX 88.

k) Gaius II 206. 207. 286 Ulpian. I 21 XXV 17.

l) Ulpian. XVII 2: hodie ex constitutione imperatoris Antonini omnia caduca fisco vindicantur, sed servato iure antiquo liberis et parentibus.

m) Fragm. de iure fisci § 3: ius patrum non minuitur, si se is deferat, qui solidum id, quod relictum est, capere non potest. sane si post diem centesimum patres caducum vindicent, omnino fisco locus non est.

n) Dio Cass. LXXVIII 12. *o*) Tac. annal. III. 19. *p*) Suet Nero. 10.

q) L. 13 D. de iure fisci (49, 14) Fragm. de iure fisci § 1—3.

r) Ulpian. XXV 17 L. 59 § 1 D. ad l. falc. (35, 2) L. 3 pr. § 3 de iure fisci (49, 14). [Schon wer sich insgeheim verpflichtet, einem Incapax zu zahlen, verliert im Fall der Entdeckung das ius cadua vindicandi und die Falcidia. Eine solche Verpflichtung nannte man im Gegensatz des offenen Testaments in fraudem legis tacitam fidem accommodare, weil sie in einer Syngrapha übernommen zu werden pflegte. R.]

s) Ulpian. XVII 3: caduca cum suo onere fiunt: ideoque libertates et legata et

Justinian hat das vindicare caducum aufgehoben, und das ius antiquum allgemein wieder eingeführt.[t]) Bei Erben ist es wie nach altem Recht. Bei Vermächtnissen tritt Accrescenz ein unter folgenden Voraussetzungen: Wer als Legatar dadurch verkürzt ist, daß noch ein anderer ernannt ist, dem accrescirt, wenn dieser wegfällt. Daher geschieht dieß nicht bei bloßen verbis coniuncti (Lucius und Titius sollen jeder die Hälfte der Sachen haben). Nur dann also, wenn mehrere denselben Gegenstand erhalten sollen, re coniuncti, mögen sie verbis coniuncti oder disiuncti sein.[u])

Es giebt auch Fälle, wo einem Erben oder Vermächtnißnehmer das Erworbene entzogen wird, weil er dessen unwürdig ist, ut indigno auferatur, ereptorium.[v]) Es wird regelmäßig dem Fiscus vindicirt, zuweilen auch andern Personen. Dieß ist auch im justinianischen Recht geblieben, z. B. wenn der Erbe contra S. C. silanianum die Erbschaft antritt.[w]) Die Fälle sind sehr mannigfaltig.[x])

---

fideicommissa ab eo data, ex cuius persona hereditas caduca facta est, salva sunt. Scilicet et legata et fideicommissa cum suo onere fiunt caduca.

t) L. un. C. de cad. toll. (6, 51).

u) § 8 Inst. de legat. (2, 20) L. un. § 11 C. de cad. toll. (6, 51).

v) Ulpian. XIX 17: lege nobis adquiritur velut caducum vel *ereptorium* (Lachmann Zeitschr. für gesch. Rechtswiss. IX S. 201) ex lege papia poppaea.

w) Paul. III 5 Dig. XXIX 5: de senatusconsulto silaniano et claudiano, quorum testamenta ne aperiantur.

x) Dig. XXXIV 9: de his, quae ut indignis auferuntur Cod. VI 35: de his, quibus ut indignis hereditates auferuntur et ad senatusconsultum silanianum Puchta Pandekten § 559.

Zwölftes Kapitel.

Die Rechte an einem Vermögen außer dem Erbrecht.

CCCXXVII. Das Vermögen einer Person kann als Ganzes auf einen Andern übergehen, adquisitio per universitatem, vermöge eines Rechts an der natürlichen Person, so der Potestas bei der Arrogation,[a] bei der Entstehung der Sclaverei ex S. C. claudiano,[b] bei der Erwerbung der Manus.[c] Hier entsteht kein besonderes Recht am Vermögen, das Recht ist in der Potestas ꝛc. enthalten, welche bewirkt, daß der Unterworfene kein selbständiges Vermögen mehr haben kann. Anders ist es, wenn eine successio per universitatem ohne eine solche Gewalt eintritt, wo also die Person des bisher Berechtigten in dem Vermögen nur als juristische fortgedacht wird. Hier entsteht ein Recht am Vermögen. Dieß ist der Fall bei der Erbfolge, so auch bei andern Successionen, theils in das Vermögen eines Verstorbenen, theils eines Lebenden. Die wichtigeren Fälle sind folgende:

1) das Recht an den bona vacantia.[d] Bona vacantia, erblose Güter, sollen nach der Lex Julia an das Aerar fallen,[e] später an den Fiscus,[f] der Fiscus wird ausgeschlossen von den Besitzern der Sachen durch praescriptio quadriennii, von der Zeit der Erblosigkeit.[g] Sodann haben noch manche andere Personen das Recht, in gewissen Fällen dem Fiscus vorzugehen.[h] Der Fiscus ist loco heredis, ist zu den Vermächtnissen verpflichtet.[i] Verkauft er die Güter im Ganzen, so hat der bonorum emtor dieselbe Stellung.[k]

---

a) Inst. III 10: de adquisitione per arrogationem.

b) Inst. IV 12: de successionibus sublatis, quae fiebant per bonorum venditionem et ex senatusconsulto claudiano Cod. VII 24: de senatusconsulto claudiano tollendo.

c) Gai. III 82—84 IV 80. 81.

d) Cod. Theod. X 8 Cod. X 10: de bonis vacantibus (et de incorporatione) v. Schröter in der Zeitschrift für Civilrecht und Proceß X Num. 3. (Dazu Richter's Jahrb. I S. 309 ff.) Schneider Anwachsungsrecht (1837) S. 152 ff. Huschke in Richter's Jahrb. (1838) S. 320. 321.

e) Gai. II 150 Ulpian. XXVIII 7.

f) L. 96 § 1 D. de leg. I (30).

g) Cod. VII 37: de quadriennii praescriptione.

h) Cod. VI 62: de hereditatibus decurionum, naviculariorum, cohortalium, militum et fabricensium. Cod. Theod. V 2: de bonis decurionum. 3: clericorum et monachorum. 4: de bonis militum.

i) Puchta Pandekten § 564.

k) L. 54 pr. D. de hered. pet. (5, 3) L. 1 C. de hered. vend. (4, 39) Arndts Zeitschrift für Civilrecht und Proceß XIX 1.

2) das durch addictio bonorum libertatum servandarum causa entstehende Recht.[l] Wenn ein Testator Freiheiten ertheilt durch Legat oder Fideicommiß, und es wird niemand Erbe suspecta hereditate, und die Gläubiger verkaufen die Erbschaft, so haben jene Vermächtnisse keine Wirkung. Um dieß zu hindern, kann einer der interessirten Sclaven oder ein Extraneus ex constitutione D. Marci jene addictio verlangen, gegen Caution durch Bürgen, 1) daß er die Gläubiger ganz bezahlen, 2) daß er den übrigen die fideicommissarische Freiheit geben wolle, die legata libertas tritt ipso iure in Wirksamkeit. Er wird dadurch wie ein Erbe Universalsuccessor.

3) das durch bonorum venditio entstehende Recht.

Wenn dem Staat die Güter einer Person anfielen, als Schuldner oder damnatus et proscriptus, so wurden die Quästoren eingewiesen. Diese proscribirten die Güter und verkauften sie sub hasta im Ganzen, der Verkauf hieß sectio, der Käufer sector. Dieß hieß publice vendere.[m] Der Sector war Universalsuccessor iure civili und hatte ein Recht am Vermögen mit der Wirkung analog der hereditas. Der, welcher publice bona kauft, hat nur ein prätorisches Rechtsmittel, das interdictum sectorium. Dieß darf nicht wundern, giebt es ja überhaupt regelmäßig wegen eines ganzen Vermögens kein Rechtsmittel. Das Civilrecht kennt nur einen Fall, wo ein solches dringendes Bedürfniß stattfindet, bei der Hereditas.[n]

Die bonorum venditio kommt aber auch privatim vor als Executionsmittel für die Gläubiger (Bd. I § 179). Beim Leben des insolventen Schuldners oder nach dem Tod, wenn kein Erbe da ist.[o] Hier ist der bonorum emtor Universalsuccessor, nicht nach Ius civile, aber nach prätorischem Recht, das ihm bonitarisches Eigenthum und die Klagen als utiles giebt. Für die Klagen giebt es eine doppelte Formel: 1) serviana actio, der bonorum emtor klagte hier ficto se herede; 2) nach der Formel des Prätor Rutilius (des Urhebers dieser bonorum venditio) wie ein Procurator des vorigen Inhabers.[p] Jene trat wohl mortuo, diese vivo debitore ein. Der bonorum emtor hatte auch ein

---

l) Inst. III 11: de eo, cui libertatis causa bona addicuntur L. 2—4 de fideic. lib. (40, 5).

m) Gaius III 154.

n) [Diese angeblich civilrechtliche Universalsuccession pflegt auf Varro de R. R. II 10: dominum legitimum sex fere res perficiunt — cum in bonis sectioneve cuius publice venit gegründet zu werden. Allein die Stelle sagt nur, man könne vom Sector sicher kaufen, weil dieser den Staat als Gewähren hinter sich hat. (§ 238 b. d § 241 i. k). Daraus folgt jedoch weder, daß der Staat, noch daß der Sector dem Schuldner oder Proscribirten civilrechtlich succedirt, vielmehr ist das Verhältniß dieses: der Staat hat als Gläubiger, wie bei Proscriptionen ein Pignus an den bona, welches zugleich ein Verfolgungsrecht (persecutio) durch Tödtung oder Verkauf schon gesetzlich (§ 179 n vgl. 241 l L. 74 D. de furtis (47, 2) in sich trug. Die Verfolgung überläßt er jedoch einem Publicanus, dieser Redemtor heißt sector, die concisio pignoris (omnium bonorum) heißt sectio, der Locationsvertrag: sectionem vendere (Cic. pro Rosc. Am. 29: nescimus, per ista tempora eosdem fere sectores fuisse collorum et bonorum? Paul. ex Festo v. sectio persecutio iuris Cic. ap. Gel. N. A. XIII 24 sectionem — Cn. Pompeii sedente imperatore decemviri vendent. Caesar bell. Gall. II 33: sectionem eius oppidi universam Caesar vendidit. Vgl. Bd. I § 179 n. z. qq § 238 d]. Der Sector kauft also nur die Hypothek des Staats, wie der Bonorum Emtor die der Gläubiger, beide haben keine civilrechtliche Vindication, um sich den Besitz zu verschaffen, und bedürfen daher, wenn der Schuldner sich der Apprehension widersetzt, einer obrigkeitlichen, dem Salvianum verwandten Hülfe, welche ebendeshalb auch bei Gaius (Note q) mit diesem zusammengestellt wird. R.]

o) Gaius III 77—81.

p) Gaius IV 35.

interdictum adipiscendae possessionis, beim Privatverkauf hieß es possessorium, bei der Sectio sectorium. [q])

Die bonorum venditio hat in der vierten Periode aufgehört. [r]) Dagegen entstand noch ein Recht am Vermögen:

4) durch Confiscation der Güter eines Verbrechers. [s]) Nur war hier keine Haftung für die Schulden über die Masse hinaus. [t]) Auch der Emtor der confiscirten Güter ist Universalsuccessor.

---

q) Gaius IV 145. 146. [Zur Ergänzung beider diente das interdictum fraudatorium, um die betrüglichen Veräußerungen rückgängig zu machen, vorausgesetzt, daß er die betreffenden Vermögensstücke mit übernommen hat L. 10 pr. § 18 D. quae in fr. (42, 8). R.]

r) pr. Inst. de succ. subl. (3, 12).

s) Dig. XLVIII 10: de bonis damnatorum C. IX 49 Cod. Theod. IX 42: de bonis proscriptorum seu damnatorum.

t) Puchta Pandekten § 565.

Register.

Die römischen Zahlen bezeichnen den Band, die arabischen den Paragraphen, die in Parenthese eingeschlossenen die Seite, die kleinen Buchstaben die Noten zu den Paragraphen.

A. Quellen-Register.

Es sind nur diejenigen Stellen darin enthalten, zu deren Erklärung oder Kritik mehr oder weniger beigetragen worden ist.

I. Juristische Quellen.

a) Justinianeische Quellen.

aa) Institutionen.

Lib. 1 Tit. 4 de ingenuis.
§ 1. II 215 d.
Lib. 1 Tit. 9 de patris pot.
§ 1. II 287 c.
Lib. 1 Tit. 11 de adopt.
§ ult. II 213 q.
Lib. 1 Tit 14 qui testam. tut. dari poss.
§ 4. II 298 m.
Lib. 1 Tit. 16 de cap. min.
§ 4. II 212 e.
§ 5. II 220 d.
Lib. 1 Tit. 23 de curator.
§ 2. II 299 k.
Lib. 1 Tit. 25 de excusat.
prooem. II 297 m.
Lib. 2 Tit. 1 de rerum divis.
§ 4. II 223 x.
§ 30. II 242 u.
§ 41. II 241 f.
§ 46. II 241 m.
Lib. 2 Tit. 4 de usufr.
§ 2. II 255 w.
§ 3. II 257 dd.
Lib. 2 Tit. 6 de usucap.
pr. II 240 n.
§ 7. II 239 m.
§ 12. II 239 m.
Lib. 2 Tit. 10 de testam. ord.
§ 3. II 306 m.
Lib. 2 Tit. 20 de legatis.
§ 8. II 326 u.
§ 25. II 321 oo.
§ 32. 33. II 321 qq. rr.
Lib. 3 Tit. 9 de bon. poss.
§ 3. 5. II 317 t. v.
§ 8. II 316 kk.
Lib. 3 Tit. 13 de obligat.
pr. II 268 l.
Lib. 3 Tit. 15 de verb. obligat.
§ 7. II 269 o.
Lib. 3 Tit. 21 de liter. oblig.
§ un. II 274 e.
Lib. 3 Tit. 28 de obl. quae quasi ex contr.
§ 7. II 321 r.
Lib. 4 Tit. 6 de action.
§ 2. II 232 e. y. z.
§ 20. I 167 k.
§ 28. I 165 qq.
§ 32. I 186 a.
Lib. 4 Tit. 10 de his per quos agere poss.
pr. I 156 c.
Lib. 4 Tit. 13 de except.
§ 10. I 186 c.
§ ult. I 156 h. l.
Lib. 4 Tit. 15 de interd.
§ 8. I 182 a.
Lib. 4 Tit. 17 de offic. jud.
§ 2. II 232 r.

bb) Pandekten.

Lib. 1 Tit. 1 de iustitia et iure.
l. 1 § 3. l. 4. 5. I 9 a.
l. 7 pr. I 117 d.
l. 7 § 1. I 82 e.
l. 10 § 1. I 11 a. 102 c.

Lib. 1 Tit 2 de origine iuris.
l. 2. I 104 r.
l. 2 § 5. I 73 d. 76 l. 117 d.
l. 2 § 6. I 41 y. 73 d. 78 c.
l. 2 § 8. I 59 b. 78 c.
l. 2 § 9. I 106 c.
l. 2 § 12. I 78 c.
l. 2 § 24. I 161 u.
l. 2 § 29. I 153 r.
l. 2 § 34. I 88 q.
l. 2 § 35. I 103 o.
l. 2 § 38. I 73 d.
l. 2 § 43. I 103 e.
l. 2 § 47. I 103 e. 116 c. e. g.
Lib. 1 Tit. 3 de legibus.
l. 31. I 87 o.
l. 32. pr. I 115 a.
l. 32 § 1. I 105 c.
Lib. 1 Tit. 4 de constitut. princ.
l. 1 § 1. I 110 g. 111 e.
l. 1 § 2. I 111 e.
Lib. 1 Tit. 5 de statu hominum.
l. 17. I 95 d.
Lib. 1 Tit. 6 de his qui sui.
l. 9. II 219 a.
Lib. 1 Tit. 7 de adopt.
l. 4. I 151 d.
l. 15 § 3. II 304 cc.
l. 17 § 2. 3. II 283 n.
Lib. 1 Tit. 8 de divis. rerum.
l. 5. pr. II 223 x.
Lib. 1 Tit. 13 de offic. quaest.
l. un. pr. I 41 r.
Lib. 1 Tit. 16 de offic. procons.
l. 2. I 151 d.
l. 13. I 151 v.
l. 15. I 151 u.
Lib. 1 Tit. 21 de offic. eius cui mand.
l. 1 pr. I 115 b. h.
Lib. 1 Tit. 22 de offic. assess.
l. 6. I 123 n.
Lib. 2 Tit. 1 de jurisdict.
l. 1. I 151 a.
l. 3. 4. I 151 f. g.
l. 7 pr. I 81 l.
l. 18. I 152 p.
Lib. 2 Tit. 2 quod quisque iuris.
l. 1 § 1. l. 4. I 115 b.
Lib. 2 Tit. 8 qui satisdare cog.
l. 12. 13. II 320 b.
Lib. 2 Tit. 11 si quis caut.
l. 2 pr. I 171 i.
Lib. 2 Tit. 12 de feriis.
l. 1 § 2. II 208 gg.
l. 6. I 158 t.
Lib. 2 Tit. 15 de transact.
l. 2. I 171 i.
l. 6. I 139 u.
l. 7 pr. I 11. 179 d.
l. 8 pr. § 18. I 151 k.
l. 9 pr. I 171 i.
Lib. 3 Tit. 1 de postul.
l. 1 § 3. I 116 l.
Lib. 3 Tit. 3 de procur.
l. 33 § 3. I 156 aa.
l. 46 § 3. I 177 g.
l. 61. I 156 oo.
Lib. 3 Tit. 4 quod cuiuscunque univ.
l. 6 § 3. I 156 z.
Lib. 3 Tit. 5 de negot. gestis.
l. 6. I 154 g.
l. 46 § 1. I 140 hh. 185 d.
Lib. 4 Tit. 1 de in int. restit.
l. 3. I 177 f.
l. 7 § 1. I 177 p. 209 bb.
Lib. 4 Tit. 2 quod metus causa.
l. 9 § 3. I 177 l. m.
l. 14 § 13. I 172 f.
l. 21 § 5. I 102 e.
l. 21 § 6. I 177 l.
Lib. 4 Tit. 3 de dolo malo.
l. 1 § 6. I 177 p.
l. 1 § 7. l. 2 § 2. I 170 o.
Lib. 4 Tit. 4 de minor.
l. 3 § 3. I 199 bb.
l. 13 § 1. I 177 i.
Lib. 4 Tit. 5 de capite min.
l. 3 § 1. II 220 nn.
l. 7 pr. II 298 bb.
Lib. 4 Tit. 6 qu. ex caus. mai.
l. 19 l. 23 § 1. II 239 w.
Lib. 4 Tit. 8 de recept.
l. 41. I 154 s. y.
Lib. 5 Tit. 1 de iudiciis.
l. 19. I 152 r. s.
l. 20. I 152 t.
l. 28 § 4. II 208 gg.
l. 33. I 152 o.
l. 45 § 1. I 176 o.
l. 47. I 154 mm.
l. 49 § 1. I 93 i.
Lib. 5 Tit. 2 de inoff. test.
l. 6 § 2. l. 8 pr. II 316 s.
l. 15 § 2. I 153 l.
l. 17 § 1. I 175 v.
l. 24. I 153 l.
Lib. 5 Tit. 3 de hered. petit.
l. 7 § 2. I 175 ii.
l. 20 § 6. I 106 e.
Lib. 6 Tit. 1 de rei vindicat.
l. 5 pr. II 242 b.
l. 5 § 3. II 242 x.
l. 8 in f. II 229 q.
l. 9. II 229 k. 232 g.
l. 18. II 239 x.
l. 23 pr. II 236 q.
l. 33. II 232 q. 242 x.
l. 63. 69. 70. II 232 t.
l. 68. I 179 rr.
Lib. 6 Tit. 2 de Publ. in rem act.
l. 1 pr. II 233 e.
l. 7 § 2. II 233 g.
l. 7 § 11. I 8. II 236 gg.
l. 9 § 4. II 233 p.

l. 9 § 5. II 233 i.
l. 12 § 1. II 233 b.
l. 12 § 2. 3. II 233 i. 244 i. 245 gg.
l. 17. I 170 u. II 233 l.
Lib. 6 Tit. 3 si ager vectig. II 245 x.
l. 1 pr. II 245 h.
Lib. 7 Tit. 1 de usufr.
l. 1. II 255 h.
l. 3 pr. II 256 y.
l. 9 § 2. II 255 l.
l. 9 § 7. II 255 n.
l. 12 § 2. II 252 w.
l. 12 § 3. I 104 ii.
l. 13 § 5. 6. II 255 m.
l. 15 § 4. 5. II 255 w.
l. 15 § 7. l. 16. II 256 m.
l. 25 § 7. II 256 w.
l. 68. II 242 kk.
Lib. 7 Tit. 3 quando dies ususfr. II 321 zz.
Lib. 7 Tit. 5 de usufr. ear. rer.
l. 3. II 255 y.
Lib. 7 Tit. 6 si ususfr. pet.
l. 5 pr. II 232 y. 233 o.
Lib. 7 Tit. 8 de usu.
l. 14 § 1. II 255 q.
l. 14 § 3. II 255 r.
Lib. 7 Tit. 9 usufr. qu. cav.
l. 5 § 2. II 255 r.
l. 7 pr. II 232 f.
l. 9 § 3. II 255 w.
l. 12. II 232 f.
Lib. 8 Tit. 1 de servitut.
l. 1. 3. II 253 g.
l. 4 pr. II 257 o.
l. 8 pr. II 253 b.
l. 14 pr. II 256 t. 257 z.
l. 14 § 1. II 257 z.
l. 17. II 252 p.
l. 19. II 252 h.
l. ult. II 230 t. 256 u. y.
Lib. 8 Tit. 2 de serv. praed. urb.
l. 1 pr. II 223 v. 254 e.
l. 4. II 253 cc.
l. 11. II 253 gg.
l. 20 pr. II 253 g.
l. 21. II 253 gg.
l. 33. II 252 e.
l. 38. 39. II 254 f.
Lib. 8 Tit. 3 de serv. praed. rust.
l. 1 § 2. II 256 aa.
l. 2 pr. II 253 h.
l. 5 § 1. l. 6. II 252 m. 254 d.
l. 7 § 1. II 254 e.
l. 9. II 254 c.
l. 13 pr. II 253 g.
l. 13 § 1. II 253 o.
l. 19. I 165 k.
l. 20 pr. II 257 p.
l. 33 pr. II 256 v. x.
l. 33 § 1. II 252 x.
l. 38. II 254 e.
Lib. 8 Tit. 4 comm. praed.
l. 2. II 254 b.
l. 6 pr. II 254 d.
l. 7 § 1. II 264 f.
Lib. 8 Tit. 5 si serv. vindic.
l. 2 pr. II 252 a.
l. 4 § 1. II 253 m.
l. 5. 6 pr. II 254 f.
l. 6 § 2. II 252 c. e.
l. 6 § 3. II 256 e. h.
l. 6 § 5. II 252 e.
l. 8 pr. § 2. II 252 e.
l. 8 § 3. II 233 b. 256 g.
l. 11. l. 17 pr. II 332 aa.
l. 17 § 1. II 232 y.
Lib. 8 Tit. 6 quemadm. serv. amitt.
l. 4. II 257 z.
l. 6. II 253 o.
l. 7. II 257 z.
l. ult. II 256 ff.
Lib. 9 Tit. 2 ad leg. Aquil.
l. 21 § 2. l. 22 pr. II 260 i. k.
l. 23 § 2. II 204 n.
l. 23 § 10. II 277 z.
l. 25 § 2. I 173 d.
l. 26. I 173 d. II 277 z.
l. 33 pr. II 260 i. l.
Lib. 9 Tit. 4 de noxal. act.
l. 4 § 3. I 172 g.
l. 30. II 249 c.
l. 38 § 1. II 241 q.
Lib. 10 Tit. 1 fin. regund.
l. 1. II 234 f.
Lib. 10 Tit. 2 famil. herciscc.
l. 1 § 1. I 167 k. 171 f.
l. 29. II 248 i.
Lib. 10 Tit. 3 comm. divid.
l. 28. II 232 aa.
Lib. 10 Tit. 4 ad exhib.
l. 7 § 1. II 229 s.
l. 12 § 3. II 242 m.
Lib. 11 Tit. 1 de int. in iure fac.
l. 1 § 1. I 173 t.
l. 4 § 1. I 173 n.
Lib. 11 Tit. 4 de fugit.
l. 1 § 2. I 111 p.
l. 11 § 5. I 173 n.
Lib. 11 Tit. 6 si mensor falsum m. d.
l. 1 pr. § 1. II 258 h.
Lib. 11 Tit. 7 de religiosis.
l. 8. I 99 gg.
l. 11. II 258 d.
l. 44 § 1. II 223 p.
Lib. 12 Tit. 1 de rebus creditis.
l. 2 § 1. II 268 n.
l. 9 pr. I 165 k.
l. 9 § 1. I 165 w. 321 q.
l. 9 § 9. l. 10. I 165 kk.
l. 18 pr. II 241 g.
Lib. 12 Tit. 2 de iureiur.
l. 11 § 1. 2. I 163 g.
l. 28 § 4. I 165 kk.

l. 38. I 173 e.
Lib. 12 Tit. 6 de cond. indeb.
l. 23 § 3. I 172 k.
l. 26 § 1. I 161 cc.
l. 26 § 12. l. 32 § 2. II 268 h.
l. 64. II 262 e. 268 q.
Lib. 13 Tit. 1 de cond. furtiva.
l. 3. I 165 t.
Lib. 13 Tit. 2 de condict. ex lege.
l. un. II 272 bb. 277 z.
Lib. 13 Tit. 3 de condict. tritic. I 165 gg.
l. 1. I 165 hh.
l. 3. I 172 l.
Lib. 13 Tit. 4 de eo quod certo loco I 152 q.
l. 2 § 8. II 260 n.
Lib. 13 Tit. 6 commod.
l. 1 § 1. I 114 f.
l. 5 § 2. II 270 d.
l. 5 § 15. II 229 h.
Lib. 13 Tit. 7 de pignerat. act.
l. 4. II 247 i. 248 f.
l. 9 § 2. II 246 g.
l. 41. II 250 d.
Lib. 14 Tit. 5 quod cum eo.
l. 4 § 5. I 172 g.
Lib. 14 Tit. 6 de S. C. Maced.
l. 11. I 170 x.
Lib. 15 Tit. 4 quod jussu.
l. 5 pr. II 266 d.
Lib. 16 Tit. 1 ad S. C. Vellei.
l. 2 pr. II 265 p.
l. 2 § 1. II 265 n. o.
l. 2 § 4. l. 8 § 14. II 265 g.
Lib. 16 Tit. 3 depos.
l. 1 § 22. II 208 cc.
l. 17 § 1. II 229 w.
l. 19. II 219 n.
l. 24. I 154 g.
Lib. 17 Tit. 1 mandati.
l. 8 § 6. II 258 d.
l. 54 pr. II 258 e.
Lib. 17 Tit. 2 pro socio.
l. 1 § 1. II 241 c.
Lib. 18 Tit. 1 de contrah. emt.
l. 8. II 275 f.
l. 19. II 241 f.
l. 34 § 6. II 259 q.
l. 76 § 1. II 239 p.
Lib. 18 Tit. 6 de peric. et comm.
l. 18 § 1. I 104 hh.
l. 19. II 200 m.
Lib. 18 Tit. 7 de serv. export.
l. 6. 7. II 258 e.
Lib. 19 Tit. 1 de act. emt. et vend.
l. 13 § 8. I 170 t. II 262 f.
l. 21 § 3. II 260 l.
l. 21 § 5. II 241 l.
l. 25. I 170 t. II 262 f.
l. 31 § 2. II 233 p.
Lib. 19 Tit. 5 de praescript. verb. I 165 (497).
Lib. 20 Tit. 1 de pignor.
l. 1 pr. II 250 b. d.
l. 5 § 1. II 250 q.
l. 11 § 3. II 250 e.
l. 16 § 4. II 251 t.
l. 21. 22. II 250 d.
l. 34 pr. II 222 i. 250 d.
Lib. 20 Tit. 2 in qu. caus. pign.
l. 4 § 1. II 223 f.
l. 6. 9. II 250 n.
Lib. 20 Tit. 4 qui potior.
l. 16. II 250 tt.
l. 21 pr. II 250 nn.
Lib. 20 Tit. 5 de distrah. pign.
l. 7 § 2. II 241 l.
Lib. 22 Tit. 1 de usuris.
l. 4. I 165 n.
l. 15. II 232 s.
l. 25 § 1. 2. II 242 mm. uu.
l. 26. II 252 o.
l. 28 § 1. II 242 kk.
l. 38 § 1—3. 7. I 165 u. v. II 272 ee.
l. 45. II 242 tt.
Lib. 22 Tit. 3 de probat.
l. 2. I 174 aa.
l. 14. II 221 k.
l. 25 § 4. II 271 e.
Lib. 22 Tit. 5 de testibus.
l. 1 § 2. I 174 m.
l. 12. II 277 r.
l. 17. I 104 o.
Lib. 22 Tit. 6 de iuris et facti ign.
l. 9 § 5. I 111 q.
Lib. 23 Tit. 1 de sponsal.
l. 2. II 258 m. 289 f.
Lib. 23 Tit. 2 de ritu nupt.
l. 1. II 287 c.
Lib. 23 Tit. 3 de iure dotium.
l. 32. II 255 l.
l. 66. II 257 p.
l. 75. II 292 l.
Lib. 24 Tit. 1 de donat. inter v. et u.
l. 5 § 13. 14. II 205 e.
l. 26 pr. II 226 l.
Lib. 24 Tit. 2 de divort.
l. 11. II 291 g.
Lib. 24 Tit. 3 soluto matr.
l. 59. I 99 r.
Lib. 25 Tit. 3 de agnosc. lib.
l. 3 pr. I 111 i.
l. 5 § 10. I 179 ss.
Lib. 25 Tit. 5 si ventris nom.
l. 1 § 2. I 169 e.
Lib. 25 Tit. 7 de concub.
l. 3 § 1. II 287 k.
l. 4. II 287 n.
Lib. 26 Tit. 1 de tutelis.
l. 1 pr. II 297 d.
l. 6 § 2. I 151 k.
Lib. 26 Tit. 2 de testam. tut.

l. 12—15. II 298 m.
l. 27 pr. II 298 aa.
Lib. 26 Tit. 4 de legit. tut.
l. 1 § 3. I 111 p.
Lib. 26 Tit. 5 de tut. et cur. dat.
l. 1 § 1. I 151 u.
Lib. 26 Tit. 7 l. 32 § 4. I 179 ss.
Lib. 27 Tit. 1 de excusat.
l. 6 § 15. I 91 g.
Lib. 27 Tit. 6 quod falso tut.
l. 9 § 1. II 278 ccc.
Lib. 27 Tit. 10 de curat. fur.
l. 1 pr. II 202 y.
l. 7 § 1. I 170 ee.
Lib. 28 Tit. 1 qui test. fac.
l. 5. II 199 t.
l. 26. II 216 i. 308 p.
l. 27. I 99 m. n.
Lib. 28 Tit. 2 de lib. et post.
l. 13. 15 § 1. II 308 e. 311 o.
l. 23 § 1. II 311 h.
Lib. 28 Tit. 3 de injusto.
l. 20. II 311 n.
Lib. 28 Tit. 5 de hered. inst.
l. 9 § 2. I 111 p.
l. 42. I 99 (260).
l. 71. 72. II 308 l.
l. 78. II 308 d.
Lib. 28 Tit. 8 de iure delib.
l. 5 pr. II 314 i.
Lib. 29 Tit. 2 de adquir. hered.
l. 5 § 1. II 202 w.
l. 42 pr. I 104 kk.
Lib. 29 Tit. 3 test. quem. aper.
l. 1 § 1. I 139 u.
Lib. 30 de legatis I.
l. 1. II 322 h.
l. 32. I 99 t.
l. 44 § 1. II 321 g.
l. 50 § 1. I 111 i. 175 w.
l. 54 § 2. II 204 n.
l. 71 § 5. II 245 p.
l. 84 § 9. II 259 r.
l. 88 § 17. II 321 hh.
l. 108 § 2. II 259 q.
l. 112 pr. II 214 w.
Lib. 32 de legatis III.
l. 91 § 6. II 244 e.
Lib. 33 Tit. 1 de annuis leg.
l. 12. II 252 f.
Lib. 33 Tit. 2 de usu et usufr. leg.
l. 1. II 252 x.
l. 2. II 255 cc.
l. 14. II 321 x.
Lib. 34 Tit. 1 de alim. leg.
l. 14 § 3. II 252 g. 255 a.
Lib. 34 Tit. 4 de adim. leg.
l. 1. 14 § 1. II 253 m.
l. 29. II 322 u.
Lib. 34 Tit. 5 de rebus dubiis.
l. 3. II 202 dd. ee.
Lib. 34 Tit. 9 de his quae ut ind.
l. 18 pr. II 252 k.
Lib. 35 Tit. 1 de condic.
l. 3. II 204 y.
l. 29. II 204 q.
l. 75. II 204 l.
l. 101 pr. II 204 n.
Lib. 35 Tit. 2 ad leg. Falc.
l. 63 pr. II 260 l.
l. 89 § 1. I 111 p.
Lib. 36 Tit. 1 ad S. C. Trebell.
l. 51. II 282 o.
Lib. 36 Tit. 2 quando dies leg.
l. 20. II 259 x.
l. 25 § 1. I 104 g.
l. 26. II 259 x.
Lib. 37 Tit. 4 de bon. poss. c. tab.
l. 1 § 1. II 319 d.
Lib. 37 Tit. 14 de iure patron.
l. 6 pr. § 4. II 296 n.
Lib. 37 Tit. 15 de obsequiis par.
l. 10. II 258 f.
Lib. 38 Tit. 1 de operis lib.
l. 9 § 1. II 296 d.
l. 37 pr. I 165 aa.
Lib. 38 Tit. 2 de bonis lib.
l. 1. II 296 g. 319 n.
Lib. 38 Tit. 4 de adsign. lib.
l. 1 pr. II 304 nn.
Lib. 38 Tit. 8 unde cognati.
l. 1 § 4. II 317 r.
Lib. 38 Tit. 9 de successor. edicto.
l. 1 pr. II 316 kk.
Lib. 38 Tit. 10 de gradibus.
l. 4 § 5. l. 10 pr. II 196 n. o.
l. 10 § 14. II 195 c.
Lib. 38 Tit. 17 ad SCtum Tertull.
l. 1 § 8. II 220 ll.
Lib. 39 Tit. 1 de operis novi nunt.
l. 2. II 232 aa.
l. 15. II 233 b. 253 hh.
Lib. 39 Tit. 2 de damno inf.
l. 1. II 151 p.
l. 4 § 7. II 260 d.
l. 15 § 27. II 239 aaa.
l. 19 pr. II 249 c.
Lib. 39 Tit. 4 de publicanis.
l. 5 pr. I 172 i.
l. 7 pr. II 250 aa. 267 a.
Lib. 39 Tit. 5 de donat.
l. 10. II 205 p.
l. 18 pr. § 1. 2. II 205 n.
l. 19 § 2. II 205 p.
l. 21 § 1. II 206 ff.
l. 31 § 1. II 206 t.
Lib. 39 Tit. 6 de mortis causa don.
l. 9. 22. 35. II 325 b.
l. 42 pr. II 206 s.
Lib. 40 Tit. 1 de manum.
l. 24. I 107 o.
Lib. 40 Tit. 3 de manum. quae servis ad univ.
l. 3. II 262 d.

Lib. 40 Tit. 5 de fid. libert.
l. 26 § 7. 9. I 176 k.
Lib. 40 Tit. 9 qui et a qu. man.
l. 1. II 213 h.
l. 16 § 3. II 212 cc.
l. 26. 27 § 1. II 213 gg.
Lib. 40 Tit. 12 de liber. causa.
l. 24 § 3. 4. I 171 n.
l. 24. 25 § 2. II 221 e.
l. 27 § 1. I 174 ii. 175 b.
l. 29 pr. I 32. II 221 f.
l. 42. I 175 u.
Lib. 40 Tit. 14 si ingen. esse dic.
l. 2 § 1. l. 4. II 221 i.
l. 6. II 221 d. l.
Lib. 40 Tit. 16 de collus. deteg. I 175 t.
Lib. 41 Tit. 1 de acquir. dom.
l. 1 pr. II 236 d.
l. 7 § 10. II 223 c. 231 h.
l. 7 § 12. II 242 u.
l. 9 § 2. II 242 q. x.
l. 9 § 7. II 241 m.
l. 13 pr. II 228 z.
l. 16. II 242 z.
l. 31 pr. II 241 d.
l. 36. II 241 g.
l. 43 § 1. II 256 r.
l. 48 pr. II 242 ss.
l. 51. II 241 s.
l. 53. II 203 n.
l. 60. II 223 c.
Lib. 41 Tit. 2 de acquir. possess.
l. 1 pr. § 1. II 224 a. 236 k.
l. 1 § 3. II 202 h. l. 229 a. b.
l. 1 § 5. II 228 z.
l. 1 § 8. II 228 s.
l. 1 § 19. II 228 w.
l. 3 § 5. II 226 g. 229 e.
l. 3 § 7. II 228 n.
l. 3 § 19. II 226 k.
l. 8. II 228 g.
l. 12 § 1. II 232 d.
l. 13 § 7. II 229 i.
l. 13 § 13. II 239 u.
l. 17 § 1. II 241 p.
l. 19 § 1. II 226 k.
l. 26. II 229 q.
l. 36. II 229 x.
l. 39. II 229 w.
l. 42 § 1. II 228 z.
l. 49 pr. II 228 s.
l. 49 § 1. II 226 b. 230 c.
l. 51. II 203 i.
Lib. 41 Tit. 3 de usurpat.
l. 3. II 239 b.
l. 4 § 19. II 242 rr.
l. 4 § 20. II 242 m.
l. 4 § 27. II 230 l.
l. 10 § 1. II 256 q.
l. 15 pr. II 239 w.
l. 16. II 229 x.
l. 26. II 244 l.
l. 31 § 1. II 239 z.
l. 43 § 1. II 239 oo.
l. 44 § 5. II 257 t.
Lib. 41 Tit. 4 pro emtore.
l. 2 § 10. 13. II 239 oo.
l. 2 § 16. II 233 g. 239 p. s.
l. 2 § 20. II 239 p.
l. 2 § 21. II 239 x.
l. 11. II 239 oo.
Lib. 41 Tit. 5 pro herede.
l. 2 § 1. II 226 l.
l. 3. II 239 g.
l. 4. II 325 a.
Lib. 41 Tit. 6 pro donato.
l. 1 § 2. II 226 l.
Lib. 41 Tit. 7 pro derelicto.
l. 2 § 1. II 241 q.
l. 5 § 1. II 241 m.
Lib. 42 Tit. 1 de re iudic.
l. 4 pr. I 156 oo.
l. 4. 5. I 179 w.
l. 13 § 1. II 258 d.
l. 14. I 176 p.
l. 15 pr. § 1. I 176 o.
l. 15 § 5. II 250 ff.
l. 31. I 179 ss.
l. 33. II 209 bb.
l. 56. I 173 d.
Lib. 42 Tit. 4 quibus ex causis in poss.
l. 7 § 13. I 103 k.
Lib. 42 Tit. 5 de rebus auct. jud. poss.
l. 28. I 104 kk.
Lib. 43 Tit. 1 de interd.
l. 2 § 2. II 225 a.
l. 2 § 3. II 225 d.
Lib. 43 Tit. 3 quod leg.
l. 1 § 4. I 164 d.
Lib. 43 Tit. 9 de loco publ. fr.
l. 1 pr. II 227 c. d. 245 l.
Lib. 43 Tit. 16 de vi et de vi arm.
l. 1 pr. II 225 r.
l. 1 § 6. II 225 y.
Lib. 43 Tit. 17 uti possid.
l. 1 pr. II 225 g.
l. 3 pr. II 229 i. 232 e.
l. 3 § 6. II 230 l.
l. 3 § 7. II 230 i.
l. 3 § 11. II 225 p. 260 d.
Lib. 43 Tit. 18 de superfic.
l. 1 § 2. II 230 k.
l. 1 § 7. II 244 k.
l. 2. II 244 e.
Lib. 43 Tit. 19 de itinere actuque priv.
l. 4 pr. I 114 b. r.
Lib. 43 Tit. 20 de aqua cott. et aest.
l. 1 § 5. 6. II 254 b.
l. 1 § 7. 8. II 254 c.
l. 1 § 16. II 253 c.
Lib. 43 Tit 21 de rivis.
l. 4. II 230 o.
Lib. 43 Tit. 22 de fonte.
l. 1 § 4. II 254 c.

Lib. 43 Tit. 24 quod vi.
l. 22 § 4. II 223 v.
Lib. 43 Tit. 25 de remiss.
l. un. § 4. II 256 d.
Lib. 43 Tit. 26 de precario.
l. 2 § 2. I 165 kkk.
l. 6 § 4. II 248 g.
l. 8 § 8. l. 12 § 1. II 225 cc. dd.
l. 15 § 4. II 229 g. 232 e.
l. 19 § 2. I 165 iii.
Lib. 43 Tit. 27 de arbor. caed. II 231 x. y. z.
Lib. 43 Tit. 28 de glande leg. II 231 cc.
Lib. 43 Tit. 30 de lib. exhib.
l. 2. II 258 n.
Lib. 43 Tit. 31 utrubi.
l. 1 § 1. II 225 q.
Lib. 43 Tit. 33 de salv. interd.
l. 1 pr. § 1. II 251 d.
Lib. 44 Tit. 1 de except.
l. 2 pr. I 170 c.
l. 2 § 3. I 170 ee.
l. 11. I 171 h. 180 i.
l. 13. I 171 n.
Lib. 44 Tit. 2 de exc. rei iudic.
l. 3. I 175 ee.
l. 7 pr. II 234 c.
l. 7 § 4. I 171 h. 175 ee.
l. 9 pr. I 173 l.
l. 9 § 2. I 171 h.
l. 11 pr. I 167 e. 174 ii.
l. 11 § 1. I 175 gg.
l. 11 § 2. I 167 e. 175 ii.
l. 11 § 3. I 171 h.
l. 11 § 4. 5. I 175 dd. gg.
l. 14 § 2. I 175 ff. ii.
l. 15. I 175 cc.
l. 17. I 173 l.
l. 20. I 171 h.
l. 21 pr. I 175 dd.
l. 24. I 170 bb.
l. 26. II 253 gg.
l. 27. I 175 gg.
l. 29. I 171 h.
l. 30 § 1. I 175 cc.
Lib. 44 Tit. 3 de div. temp. praescr.
l. 3. 5 §. 1. l. 9. 12. II 240 b.
l. 14 pr. II 239 n.
l. 15 § 1. II 239 t.
Lib. 44 Tit. 4 de doli mali et metus exc.
l. 2 § 2. I 170 o.
l. 4 § 27. 31. I 170 n.
l. 4 § 33. II 209 v. z.
l. 5 § 6. II 208 y.
Lib. 44 Tit. 5 quar. rer. a. non. d.
l. 1 § 5. II 296 f.
Lib. 44 Tit. 6 de litig.
l. 3. I 99 gg.
Lib. 44 Tit. 7 de obl. et act.
l. 3 pr. I 165 y. II 259 s.
l. 6. II 268 i.
l. 9. II 219 n.
l. 11. II 203 d.
l. 13. II 219 p.
l. 14. II 262 a. b.
l. 35. II 208 g. h.
l. 37 § 1. I 167 k.
Lib. 45 Tit. 1 de verb. oblig.
l. 1 § 4. 5. II 273 i. k.
l. 2 pr. II 259 i.
l. 3 § 1. II 258 d.
l. 5 § 1. II 259 i.
l. 16 § 1. II 259 w.
l. 35 pr. l. 38 pr. § 1. 2. II 258 q.
l. 38 § 7. II 226 l.
l. 38 § 17. II 258 d.
l. 46 § 1. l. 52 § 1. II 259 m.
l. 74. II 259 b.
l. 75. II 259 o.
l. 75 § 3. I 165 k.
l. 75 § 5. II 259 h.
l. 75 § 8. II 259 q.
l. 81 § 1. II 260 b.
l. 83 § 1. I 165 zz.
l. 84. I 172 i.
l. 91 pr. II 278 a.
l. 101. II 202 aa.
l. 106. II 259 q.
l. 112 pr. II 259 q. r.
l. 114. II 260 f.
l. 115 pr. II 259 p.
l. 115 § 1. 2. II 269 n.
l. 116. II 263 f. k. 264 aa.
l. 123. II 258 q.
l. 130. II 259 m.
l. 134 pr. II 258 o. 289 g.
l. 136 § 1. II 256 u.
l. 137 § 4. II 268 c.
l. 138 § 1. II 259 r.
l. 140 § 1. II 259 x.
Lib. 45 Tit. 2 de duobus reis.
l. 3 pr. l. 6 § 3. II 263 l.
l. 7. II 263 i.
l. 9 pr. II 263 n.
l. 9 § 1. 2. II 263 h.
l. 11 pr. II 264 a.
l. 15. II 263 h.
Lib. 45 Tit. 3 de stipul. serv.
l. 39. I 99 r.
Lib. 46 Tit. 1 de fideiuss.
l. 17. II 264 t.
l. 22. II 191 p.
l. 26. 27. II 264 u.
l. 36. 39. II 264 t.
l. 51. II 264 n.
l. 52 § 3. II 265 d.
Lib. 46 Tit. 2 de novat.
l. 1 § 1. II 268 o.
l. 11 § 1. I 156 pp. II 267 d.
l. 29. II 208 ff.
Lib. 46 Tit. 3 de solut.
l. 32. II 262 c.
l. 38 § 4. II 208 ll.
l. 78. I 99 r. II 242 b.

l. 95 § 2. II 265 h.
l. 96 § 4. I 170 w.
Lib. 46 Tit. 4 de acceptil.
l. 8 § 4. II 268 o.
l. 13 § 1. II 253 q.
l. 13 § 3. II 255 r.
Lib. 46 Tit. 5 de stipul. praet.
l. 1 pr. I 168 i.
l. 5. I 156 ii.
l. 8 pr. II 320 b.
Lib. 46 Tit. 7 judic. solvi.
l. 3 § 3. I 156 u.
Lib. 46 Tit. 8 ratam rem hab.
l. 25 § 1. II 208 ll.
Lib. 47 Tit. 2 de furtis.
l. 1 § 3. II 277 g.
l. 27 pr. II 260 e.
l. 43 § 5. II 241 q.
l. 50 pr. II 260 e.
l. 52 § 14. II 242 m.
l. 52 § 20. I 100 x. 103 f.
l. 52 § 28. 29. l. 67 § 1. l. 81 § 1. II 260 e.
Lib. 47 Tit. 4 si is qui test.
l. 1 § 15. II 314 c.
Lib. 47 Tit. 10 de iniur.
l. 28. II 219 i.
l. 44. II 277 dd.
Lib. 47 Tit. 12 de sepulcro viol.
l. 3 § 5. I 111 p. q.
Lib. 47 Tit. 22 de corp. et coll.
l. 1 pr. § 2. l. 3 § 1. II 191 l.
Lib. 48 Tit. 5 ad l. Iul. de adult.
l. 31 § 1. II 199 v.
Lib. 48 Tit. 8 ad l. Corn. de sicar.
l. 11 § 2. I 107 o.
Lib. 48 Tit. 19 de poenis.
l. 8 § 1. I 111 n.
l. 9 § 6. I 179 x.
Lib. 49 Tit. 1 de appell.
l. 5 § 4. I 181 w.
l. 10 § 1. I 181 s.
l. 14 pr. I 111 i.
l. 20 § 1. I 181 w.
Lib. 49 Tit. 3 quis a quo app.
l. 1 § 1. l. 2. I 151 w. 181 i. k.
Lib. 49 Tit. 4 quando app.
l. 1 § 5. 12. II 199 w.
Lib. 49 Tit. 5 de appell. recip.
l. 7 pr. § 1. I 181 q. r.
Lib. 49 Tit. 14 de iure fisci.
l. 3 pr. § 3. II 326 r.
l. 6 § 1. I 88 b.
l. 45 § 3. I 104 (281).
l. 46 § 3. II 250 z.
Lib. 49 Tit. 15 de captivis.
l. 6. II 197 b.
l. 7. I 94 b.
l. 8. II 220 g. 290 r.
l. 12 pr. II 220 m.
l. 12 § 2. II 239 w.
l. 19 § 5. 7. II 220 k.
l. 30. II 220 y.
Lib. 50 Tit. 1 ad munic. I 90 (227).
l. 19. II 202 s.
l. 29. I 152 g.
l. 33. I 89 a.
Lib. 50 Tit 4 de muner.
l. 1 § 2. l. 18 § 13. I 123 c.
Lib. 50 Tit. 7 de legation.
l. 17. II 220 m.
Lib. 50 Tit. 13 de extraord. cogn.
l. 1 § 5. 6. I 103 n. p. r. II 258 k.
l. 5 § 3. II 216 b.
Lib. 50 Tit. 15 de censibus.
l. 1 § 2. I 95 l.
l. 8 § 7. I 94 f. 95 n.
Lib. 50 Tit. 16 de verb. signif.
l. 10. II 268 k. o.
l. 33. II 264 s.
l. 49. II 193 b.
l. 60 § 2. II 234 d.
l. 67 pr. II 205 b.
l. 83. II 193 c.
l. 96 pr. I 102 b.
l. 98 § 1. II 199 d.
l. 131 § 1. I 92 d.
l. 132. 134. II 199 t.
l. 142. II 314 hh.
l. 178 § 2. I 165 c.
l. 190. I. 152 f.
l. 193. II 260 c.
l. 195 § 5. II 194 f.
l. 198 in f. II 223 g. i.
l. 208. II 193 d.
l. 218. I 165 r.
Lib. 50 Tit. 17 de div. reg. iuris.
l. 7. II 308 b.
l. 14. II 268 d.
l. 23. II 270 d.
l. 30. II 289 a.
l. 35. II 279 b. 280 g.
l. 66. II 209 a.
l. 73 pr. II 297 f.
l. 84 § 1. II 268 m.
l. 100. II 279 b.
l. 101. II 199 v. w.
l. 112. II 209 a.
l. 153. II 228 g. 279 b.
l. 207. I 175 q.
Const. omnem reipublicae I 139 x.

cc) Codex.

Const. haec. quae necess. I 139 a. c.
Const. cordi § 1. I 139 h.
Lib. 1 Tit. 2 de s. s. eccl.
l. 23. 25. II 191 m. n.
Lib. 1 Tit. 3 de episc. et cler.
l. 48. II 191 n.
Lib. 1 Tit. 4 de episcop. aud.
l. 7. I 126 e.
Lib. 1 Tit. 14 de legibus.
l. 2. I 131 q. 134 f.

l. 3. I 131 d. t. 134 f.
l. 8. I 124 c.
l. 9. I 129 c.
l. 12. I 111 f. g. 131 s. y.
Lib. 1 Tit. 17 de vet. iure enucl.
l. 1. I 134 m.
l. 1 § 2. I 139 b.
l. 1 § 4. I 117 b. c. 134 m. n. o.
l. 1 § 6. I 100 q. 134 d.
l. 2. I 139 w.
l. 2 § 10. I 133 d.
l. 2 § 18. I 114 s.
l. 2 § 20. I 133 d. 134 m. 139 l.
Lib. 1 Tit. 19 de prec. imp. off.
l. 7. I 134 f.
Lib. 1 Tit. 22 si contra ius.
l. 5. I 134 f.
Lib. 1 Tit. 23 de diversis rescr.
l. 6. I 131 l.
l. 7 § 1. I 131 o.
Lib. 1 Tit. 26 de offic. praef. praet. Or.
l. 2. I 131 a. b.
Lib. 1 Tit. 55 de defensor.
l. 2. I 123 e.
Lib. 2 Tit. 3 de pactis.
l. 29. I 152 p.
Lib. 2 Tit. 12 de procurat.
l. 1. I 156 dd.
Lib. 2 Tit. 35 si adv. usucap.
l. un. II 239 l.
Lib. 2 Tit. 40 in quibus causis in int. rest. nec. non est.
l. 5. II 239 l.
Lib. 2 Tit. 53 qu. ex caus. mai.
l. 3. I 177 q.
Lib. 2 Tit. 55 de receptis.
l. 4 § 6. II 273 g.
Lib. 3 Tit. 1 de iudic.
l. 9. 13. I 185 l. 186 d. e.
l. 14 § 1. I 185 a. b.
l. 16. I 131 b.
Lib. 3 Tit. 3 de pedaneis iudic.
l. 2. I 182 b.
l. 5. I 182 c.
Lib. 3 Tit. 9 de litis contest.
l. un. I 172 q.
Lib. 3 Tit. 12 de feriis.
l. 6. I 183 g.
Lib. 3 Tit. 19 ubi in rem. act.
l. 3. I 152 x.
Lib. 3 Tit 28 de inoff. test.
l. 27. II 216 u.
l. 30 § 2. I 128 a.
Lib. 3 Tit. 31 de hered. petit.
l. 7. II 314 w.
l. 12 pr. I 171 d.
l. 12. I 165 ss. II 314 v.
Lib. 3 Tit. 32 de rei vindic.
l. 22. II 232 r.
l. 26. II 239 y.
Lib. 3 Tit. 33 de usufr.
l. 16 pr. § 1. I 130 b. II 257 bb.
Lib. 3 Tit. 34 de servit.
l. 13. II 257 cc.
l. 14 pr. II 204 i.
Lib. 3 Tit. 36 fam. erc.
l. 18 pr. II 206 e.
Lib. 3 Tit. 38 comm. utr. iud.
l. 11. II 212 i.
Lib. 3 Tit. 39 finium reg.
l. 5. 6. II 234 u.
Lib. 4 Tit. 1 de rebus cred.
l. 3. II 269 b.
l. 11. I 185 i.
l. 12. I 181 n. 185 k.
Lib. 4 Tit. 6 de cond. ob causam dat.
l. 3. II 241 l.
Lib. 4 Tit. 8 de cond. furt.
l. 1. II 263 c.
Lib. 4 Tit. 19 de probat.
l. 19. I 185 f.
l. 23. I 174 aa.
Lib. 4 Tit. 20 de testibus.
l. 1. II 174 i.
Lib. 4 Tit. 29 ad S. C. Vellei.
l. 23. II 265 t.
Lib. 4 Tit. 30 de non num. pec.
l. 13. II 271 e.
Lib. 4 Tit. 32 de usuris.
l. 13. II 261 b.
l. 19. II 251 h.
l. 28. II 261 cc.
Lib. 4 Tit. 34 depos.
l. 4. II 261 b.
Lib. 4 Tit. 35 mand.
l. 15. II 275 ww.
l. 22. II 267 g.
Lib. 4 Tit. 41 quae res exportari non debent II 218 n.
Lib. 4 Tit. 46 si propter publ. pens.
l. 1. II 250 qq.
Lib. 4 Tit. 65 de locato.
l. 21. II 275 r.
Lib. 4 Tit. 66 de iure emphyt.
l. 1. II 245 y.
l. 2. II 245 aa.
l. 3. II 245 dd. ee.
Lib. 5 Tit. 5 de incest. nupt.
l. 6. II 195 k.
Lib. 5 Tit. 12 de iure dotium.
l. 5. II 292 bb.
l. 21. II 292 cc.
Lib. 5 Tit. 13 de rei uxoriae act. in ex stipulatu act. transfusa II 292 (411).
Lib. 5 Tit. 16 de don. inter vir. et uxorem.
l. 25. II 206 e.
Lib. 5 Tit. 17 de repudiis.
l. 6. II 291 v.
l. 8. II 291 r. v.
Lib. 5 Tit. 30 de legit. tut.
l. 5. II 298 p.
Lib. 5 Tit. 37 de admin. tut.
l. 20. II 300 v.

Lib. 5 Tit. 52 de divid. tut.
l. 2. II 300 b.
Lib. 5 Tit. 53 de in litem iur.
l. 4. I 172 o.
Lib. 5 Tit. 54 de hered. tut.
l. 2. II 300 e.
Lib. 5 Tit. 70 de cur. fur.
l. 7 § 3. II 316 w.
Lib. 5 Tit. 71 de praed. min.
l. 13. II 245 v.
l. 16. II 223 i.
Lib. 6 Tit. 1 de serv. fugit.
l. 1. II 240 b. c.
Lib. 6 Tit. 4 de bonis lib.
l. 4 (restit.) II 304 ff. kk. 319 v.
Lib. 6 Tit. 9 qui admitti ad b. p.
l. 9. II 316 w.
Lib. 6 Tit. 20 de collat.
l. 20 pr. § 1. II 317 h.
Lib. 6 Tit. 21 de test. mil.
l. 6. I 117 i.
Lib. 6 Tit. 22 qui test. facere poss.
l. 10. II 307 k.
Lib. 6 Tit. 23 de testam.
l. 21. II 306 m.
Lib. 6 Tit. 26 de impub. et al. subst.
l. 4. II 309 e.
Lib. 6 Tit. 30 de iure delib.
l. 17. II 312 r.
l. 19. II 313 h.
l. 22. II 314 h—o.
Lib. 6 Tit. 33 de ed. D. Hadr. toll.
l. 3 (ult.) II 314 aa.
Lib. 6 Tit. 42 de fideicomm.
l. 32. II 323 f.
Lib. 6 Tit. 51 de caducis toll.
l. un. § 11. II 326 u.
Lib. 6 Tit. 58 de legit. hered.
l. 11. II 284 l.
Lib. 7 Tit. 7 de comm. servo manum.
l. 1. II 213 cc. dd.
Lib. 7 Tit. 8 de servo pign. dato manum.
l. 2. 3. II 250 o.
l. 6. II 250 z.
Lib. 7 Tit. 9 de servis reipubl.
l. 3. I 106 b.
Lib. 7 Tit. 15 commun. de manum.
l. 1. II 213 y. ee.
Lib. 7 Tit. 22 de l. t. praescr. quae pro lib.
l. 1. 2. II 212 dd.
Lib. 7 Tit. 25 de nudo iure quir. toll. II 240 h.
Lib. 7 Tit. 29 de usuc. pro herede.
l. 2. II 239 dd. ff.
Lib. 7 Tit. 31 de usuc. transform. II 239 r. u. 240 h.
Lib. 7 Tit. 32 de acquir. poss.
l. 1. II 203 l.
Lib. 7 Tit. 33 de praescr. longi temp.
l. 7. II 240 f.
l. 10. II 208 ff. 239 y.
l. 12. II 240 h.
Lib. 7 Tit. 34 in qu. causis cessat l. t. pr.
l. 2. II 240 h.
l. 4. II 314 r.
Lib. 7 Tit. 37 de quadr. praescr.
l. 1. II 208 k.
l. 2. 3. II 241 k.
Lib. 7 Tit. 39 de praescr. XXX ann.
l. 2. II 208 q.
l. 3. II 208 u. bb. hh.
l. 7 pr. § 1. II 208 hh. pp.
l. 7 § 4. II 208 bb.
l. 7 § 5. II 208 hh.
l. 8. II 204 f. h. 251 x.
l. 8 § 1. II 208 aa. 240 o.
Lib. 7 Tit. 40 de ann. exc. ital. contr. toll.
l. 1. II 208 x. bb. 240 i.
l. 2. 3. II 208 hh.
Lib. 7 Tit. 43 quomodo et quando iudex.
l. 3. I 180 e.
Lib. 7 Tit. 44 de sent. ex peric. recit.
l. 1. I 175 i.
Lib. 7 Tit. 45 de sent. et interloc.
l. 13. I 131 v.
Lib. 7 Tit. 50 sent. resc. non posse.
l. 2. I 170 x.
Lib. 7 Tit. 62 de appell.
l. 32. I 131 y. 187 a.
l. 37. I 187 e.
Lib. 7 Tit. 63 de tempor. et repar. appell.
l. 2. I 187 b.
l. 4. I 187 e.
l. 5. I 187 b. e.
Lib. 7 Tit. 64 quando prov.
l. 7. I 180 i.
Lib. 7 Tit. 65 quorum apell.
l. 5. I 133 b.
Lib. 7 Tit. 72 de bonis auct. iud. poss.
l. 10. I 188 a.
Lib. 8 Tit. 9 de prec. et Salv. interd. II 251 b.
l. 1. II 251 c. e. i. k.
Lib. 8 Tit. 13 de pignor.
l. 2. II 251 u.
l. 5. I 171 m.
Lib. 8 Tit. 14 in qu. causis p. tac.
l. 1. 2. II 250 aa.
Lib. 8 Tit. 15 si res aliena.
l. 5. I 170 cc. II 250 d.
l. 6. II 250 b. 251 p.
Lib. 8 Tit. 16 quae res pign.
l. 1. II 250 n.
l. 4. II 267 e.
l. 9. II 250 l. m.
Lib. 8 Tit. 17 qui potior.
l. 1. 5. II 250 ff.
l. 6. II 250 hh.
l. 7. II 250 oo.
l. 11. II 250 ss.

l. 12 § 1. II 250 rr.
Lib. 8 Tit. 21 de praet. pignore.
l. 2. II 248 d.
Lib. 8 Tit. 22 si in causa iud.
l. 2. II 251 oo.
l. 3. II 251 qq.
Lib. 8 Tit. 25 de remiss. pign.
l. 11. II 250 l.
Lib. 8 Tit. 26 etiam ob chirogr. II 251 gg.
Lib. 8 Tit. 27 de distrah. pign.
l. 4. II 251 nn.
Lib. 8 Tit. 30 de luit. pign.
l. 2. II 251 dd.
Lib. 8 Tit. 33 de iure dom. impetr.
l. 3. II 247 i. 251 k. ll. mm. qq.
Lib. 8 Tit. 37 de contrah. stipul.
l. 10. II 250 ss. 273 e.
l. 12. II 269 n.
Lib. 8 Tit. 39 de duobus reis stip.
(l. 1.) II 263 n.
Lib. 8 Tit. 40 de fideiuss.
l. 27. I 131 b.
Lib. 8 Tit. 41 de novat.
l. 8. II 280 y.
Lib. 8 Tit. 52 quae sit longa consuet.
l. 2. I 16 b. 20 a.
Lib. 8 Tit. 53 de donat.
l. 25. II 206 ss.
l. 35 § 5. II 205 r.
l. 36. II 206 a. E.
Lib. 8 Tit. 54 de donat. sub modo.
l. 2. II 206 s. z.
Lib. 8 Tit. 65 de revoc. donat.
l. 1. II 206 i.
l. 2. 3. 6. II 206 f.
l. 8. II 206 k.
l. 9. II 206 g.
l. 10. II 206 m.
Lib. 10 Tit. 9 de sent. adv fiscum latis retract. I 181 f.
Lib. 10 Tit. 15 de thesauris.
l. un. II 241 gg.
Lib. 10 Tit. 32 de decur.
l. 46. II 202 a.
Lib. 11 Tit. 48 de agricolis.
l. 18. II 214 k. p.
l. 23. II 214 h. k. u.
Lib. 11 Tit. 50 in quibus causis coloni.
l. 1. 2. II 214 i.
Lib. 11 Tit. 52 de col. thrac.
l. un. II 214 g.
Lib. 11 Tit. 54 ut nemo ad suum patroc. II 236 pp.
Lib. 11 Tit. 59 de omni agro des.
l. 7. II 245 kk.
Lib. 11 Tit. 62 de fund. patrim.
l. 9. 10. II 245 t. u.
l. 14. II 245 u. ll.

dd) Novellen.

Nov. 4 c. 1. II 264 aa.
Nov. 7 c. 3 § 2. II 245 ff.
Nov. 8. I 128 f.
Nov. 17 pr. 24 c. 6. I 140 h.
Nov. 32 c. 1. II 261 z.
Nov. 34 c. 1. II 261 z.
Nov. 66 c. 1. I 140 h.
Nov. 78 c. 1. 2. II 215 h.
Nov. 78 c. 3. I 95 d.
Nov. 79. 83. 86 c. 4. I 126 g.
Nov. 89 c. 15. II 195 k.
Nov. 113 c. 1. I 131 w.
Nov. 115 c. 3 § 11. II 289 f.
Nov. 117 c. 8. II 291 s.
Nov. 117 c. 11. II 290 u. 291 m.
Nov. 119 c. 7. II 239 ll.
Nov. 119 c. 8. II 240 k.
Nov. 120 c. 8. II 245 ff.
Nov. 125. I 131 x.
Nov. 134 c. 8. II 265 u.

b) Vorjuſtinianiſche Quellen.

Breviarium Alaricianum.
Interpret. zu l. 3 (un.) C. Theod. de resp. prud. 1, 4. I 134 k.
Interpret. zu l. 2 C. Theod. de usuris 2, 33. II 261 z.
Codex Gregorianus.
Lib. X tit. quibus res iud. non noceat.
l. 1. I 181 d.
Codex Theodoſianus.
Lib. 1 Tit. 1 de constitut. princ.
l. 5. I 134 s. 135 g. q. 136 a. n.
l. 6. I 136 c.
Lib. 1 Tit. 2 de div. rescr.
l. 1. I 131 k.
l. 11 (9). I 131 p. s.
Lib. 1 Tit. 4 de resp. prud.
l. 1. I 100 q. 134 c.
l. 2. I 134 e.
l. 3 (un.) I 134 f.
Lib. 2 Tit. 5 de dominio rei quae posc. II 232 h.
Lib. 2 Tit. 9 de pactis I 135 f.
Lib. 2 Tit. 12 de cogn. et proc.
l. 7. I 156 nn.
Lib. 2 Tit. 25 de comm. div.
l. un. II 212 i.
Lib. 2 Tit. 26 fin. reg.
l. 3. 4. 5. II 234 r. s. t. u.
Lib. 3 Tit. 1 de contrah. emt.
l. 1. II 275 p.
Lib. 3 Tit. 5 de sponsal.
l. 1. II 206 rr.

l. 6. II 289 f.
l. 8. II 206 vv.
Lib. 3 Tit. 14 de nuptiis gent. II 218 n.
Lib. 4 Tit. 1 de cretione vel. bon. poss.
l. 1. II 312 r.
Lib. 4 Tit. 13 de l. t. praescr. II 240 g.
l. 2. II 208 q. t.
Lib. 4 Tit. 20 qui bonis.
l. 1. I 179 pp.
Lib. 5 Tit. 4 de bonis mil.
l. 3. II 214 y.
Lib. 5 Tit. 10 de inquil.
l. un. II 214 u.
Lib. 5 Tit. 11 ne colonus inscio.
l. 1. II 214 k.
Lib. 5 Tit. 13
l. 19. 30. 34. II 245 u. kk.
l. 33. 39. II 245 w.
Lib. 8 Tit. 4 de cohortal.
l. 10. I 128 b.
Lib. 8 Tit. 12 de donat.
l. 1. I 135 s. II 206 ss.
l. 3. II 206 rr.
l. 4. II 205 r.
l. 5. 6. 7. II 206 rr. tt.
Lib. 8 Tit. 13 de revoc. donat.
l. 1. II 206 l.
l. 2. II 206 g.
l. 3. II 206 k.
l. 4. II 206 l.
l. 6. II 206 g.
Lib. 8 Tit. 18 de mat. bonis et cret. sublata.
l. 1 § 1. l. 8 § 1. II 312 r.
Lib. 9 Tit. 43 de sent. passis.
l. un. pr. I 100 p. 134 c.
Lib. 10 Tit. 3 de locat. fund. iur. emphyt.
l. 14. 15. 17. II 245 r.
Lib. 10 Tit. 18 de thesauris.
l. 1. 2. 3. II 241 dd. ee.
Lib. 11 Tit. 24 de patrocin. vic. II 236 pp.
Lib. 12 Tit. 1 de decur.
l. 151. I 123 g.
Lib. 16 Tit. 11 de relig.
l. 1. I 126 f.
Const. I de episcop. iudicio I 126 c.
Collatio legum Mosaic. et Rom.
I 8. I 135 c.
II 3. I 179 v.
II 4. I 165 w. II 277 z.
III 4. I 135 c.
X 2. 3. II 278 f.
X 7. 11. II 272 r.
XVI 3. 1. II 318 m.
XVI 9. II 317 t.
Consult. vet. ICti.
c. 6. I 104 pp. II 198 c.
c. 9. I 135 f.
Epitome Gaii.
II 5. 6. II 321 u.
Fragmenta Vaticana.
§ 1. II 239 kk.
§ 9. II 247 l.
§ 12. II 239 x.
§ 34. II 282 k.
§ 41. II 252 w.
§ 46. II 257 bb.
§ 47. II 236 h. 238 ff. 256 p.
§ 50. II 238 q.
§ 52. II 256 n.
§ 53. II 253 gg.
§ 58. II 308 i.
§ 85. II 321 k.
§ 110. II 202 aa.
§ 112. II 292 v. w.
§ 115. II 285 m.
§ 191. I 94 g.
§ 244. II 298 u.
§ 249. II 206 ss.
§ 259. II 206 aa. hh. ll.
§ 262. II 289 i.
§ 266. II 206 ff. kk. ll.
§ 275. II 206 h.
§ 279. II 206 g.
§ 283. II 206 s. z.
§ 293. II 206 u. v. w.
§ 294. II 206 e. ll. nn.
§ 303. II 196 b.
§ 304. II 206 r. oo.
§ 306. II 206 gg.
§ 310. II 206 x. aa. ee.
§ 311. II 206 v. x.
§ 313. II 206 d. i. t. u.
§ 314. II 205 r.
§ 317. I 156 r. x. ee.
§ 322. 323. I 156 h.
§ 324. I 156 d. l.
§ 330. I 156 aa.
§ 331. 332. I 156 hh.
§ 333. I 156 ee.
Fragmentum de iure fisci.
§ 3. II. 326 i. m.
Fragmentum Dositheanum.
§ 6. II 212 z.
§ 12. II 213 bb.
§ 13. II 213 ee.
§ 14. II 212 aa.
§ 19—21. II 213 l. m.
Gaii Institutiones.
Lib. I § 1. I 84 c.
— — § 3. I 59 b.
— — § 4. I 75 c.
— — § 5. I 110 f. 111 (307).
— — § 6. I 114 n.
— — § 7. I 116 f. 117 (327).
— — § 9. II 214 a.
— — § 13 sqq. II 213 zz. 217 i.
— — § 18 sqq. II 213 uu.
— — § 21. II 213 ii.

Lib. I § 22—24. II 217 q.
— — § 25—27. II 213 zz.
— — § 28 sqq. II 218 c.
— — § 28. II 218 b.
— — § 29—31. II 213 ww. xx.
— — § 37. II 213 hh. kk.
— — § 38 sqq. II 213 mm. nn.
— — § 41. II 213 qq.
— — § 42 sqq. II 213 ccc.
— — § 47. II 213 hh.
— — § 48. 49. II 219 u.
— — § 53. II 212 h. k.
— — § 54. II 213 z. 236 aa. bb.
— — § 57. II 217 c.
— — § 58 sqq. II 288 e.
— — § 65 sq. II 218 c.
— — § 67. II 213 aa.
— — § 73. II 218 e.
— — § 78. II 217 h.
— — § 79. II 217 n.
— — § 80. II 197 a. 213 xx. 217 g.
— — § 81 sqq. II 211 (81).
— — § 86. I 106 d.
— — § 93—96. I 62 i.
— — § 98. II 283 o.
— — § 108 sqq. II 285.
— — § 111. II 199 aa. 285 g. 287 e.
— — § 115. II 220 tt.
— — § 116. II 286 a.
— — § 119. II 238 k.
— — § 123. II 214 e. 220 rr. 285 f.
— — § 124 sqq. II 284.
— — § 136. II 287 g.
— — § 137. II 291 b.
— — § 138—141. II 214 e.
— — § 144 sqq. II 298, 1.
— — § 150 sqq. II 302 l.
— — § 157. II 302 p.
— — § 158. II 195 t.
— — § 162. II 220 oo.
— — § 165 sqq. II 298 c. d. e.
— — § 173 sqq. II 302 n.
— — § 184. I 156 g.
— — § 190. 191. II 297 k. 302 f.
— — § 192. II 202 s. 238 ee. 302 g.
— — § 193. II 302 q.
— — § 196. II 202 p.
— — § 197. 198. II 299 i.
— — § 200. II 300 t.
Lib. II § 7. I 89 b. II 235 c.
— — § 15 sqq. I 98 a. E. II 237 b. 238 s.
— — § 21. I 89 b.
— — § 24. I 93 m. II 238 i.
— — § 25. II 236 e.
— — § 28. II 256 o. r.
— — § 29. II 238 y.
— — § 30. II 257 p.
— — § 31. II 256 v.
— — § 33. II 256 n.
— — § 35—37. II 313 n.
— — § 40. II 235 f. 236 a.
Lib. II § 41. II 236 c. ff.
— — § 42. II 239 i.
— — § 46. II 239 f.
— — § 48. II 239 e.
— — § 52 sqq. II 239 ee.
— — § 58. II 239 ff.
— — § 59 sqq. II 239 ii.
— — § 60. II 249 a.
— — § 64. II 248 k.
— — § 66 sqq. II 241 o.
— — § 70. II 242 y.
— — § 73. II 242 u.
— — § 74. 75. II 242 v.
— — § 76 sqq. II 242 x.
— — § 78. II 242 q.
— — § 79. II 242 k.
— — § 86. II 203 a.
— — § 87. II 281 e.
— — § 90. II 203 g. 228 t.
— — § 91. 92. II 281 l.
— — § 94. II 228 q. r.
— — § 95. II 203 b. h.
— — § 96. II 203 a. 219 c. 281 c. 282 l.
— — § 103. 104. I 156 g. II 194 b. 306 g.
— — § 105—108. II 306 e.
— — § 109—111. II 306 i.
— — § 113. II 202 n.
— — § 118—122. II 318 d. h. i.
— — § 123 sqq. II 210 d. 310 a. 311 d. e.
— — § 126. II 319 i.
— — § 138—143. II 311 g. i.
— — § 144. II 311 k. m.
— — § 147—149. II 318 b. e. k.
— — § 152 sqq. II 312 a.
— — § 164 sqq. II 312 g.
— — § 171. 172. II 312 q.
— — § 178. I 99 b. II 309 b.
— — § 179—182. II 309 c.
— — § 183. 184. II 309 h.
— — § 188. 189. II 313 b.
— — § 195. II 321 f.
— — § 197. 198. I 73 a. II 321 k. l.
— — § 199. II 321 m.
— — § 200. II 321 h.
— — § 201. II 321 r.
— — § 206. 207. I 73 b. II 326 k.
— — § 213. 214. II 321 u.
— — § 215. II 321 x.
— — § 217 sqq. II 321 z. aa. bb.
— — § 221. I 111 m.
— — § 225. II 321 kk. 325 a.
— — § 226. II 325 a.
— — § 227. II 321 ooo.
— — § 235. II 321 ss.
— — § 238. II 321 oo.
— — § 244. II 321 qq.
— — § 245. II 321 rr.
— — § 247 sqq. II 324 b.
— — § 255—257. I 73 a. II 324 l.

Lib. II § 262. II 322 r.
— — § 263—283. II 322 q.
— — § 267 sq. II 213 o.
— — § 268 sqq. II 322 g.
— — § 276. I 106 d.
— — § 283. II 321 r.
— — § 286. II 316 k.
— — § 287. II 321 oo.
Lib. III § 1—18. II 304 a—k.
— — § 14. II 194 l.
— — § 15. II 195 x.
— — § 25 sqq. II 317.
— — § 32. II 316 f.
— — § 34. II 316 d. g.
— — § 35—38. II 316 dd.
— — § 41. II 317 c. 319 n.
— — § 42. II 319 o.
— — § 43—47. II 319 s. t.
— — § 49. 50. II 319 q.
— — § 51. 52. II 319 u.
— — § 53. II 319 r.
— — § 55—71. II 304 gg.
— — § 56. I 63 k. II 212 z. 217 o.
— — § 72. 73. II 218 e. i. k.
— — § 74—76. II 304 hh.
— — § 75. 76. II 213 xx.
— — § 77—81. II 316 kk. 327 o.
— — § 79. I 179 hh.
— — § 82—84. II 283 s.
— — § 83. I 99 ii.
— — § 85—87. II 313 n.
— — § 92 sqq. II 273 d.
— — § 98. II 204 x.
— — § 102. II 273 i.
— — § 110 sqq. II 264 f.
— — § 112. II 264 g.
— — § 114. II 220 tt. xx.
— — § 116. II 264 (323).
— — § 117. I 156 c. II 264 h. k.
— — § 119. II 264 q.
— — § 121. 122. II 264 u.
— — § 123. II 264 r. s.
— — § 124. 125. II 264 v.
— — § 126. II 264 e.
— — § 127. II 264 y.
— — § 128—134. II 274 a.
— — § 134. I 84 b.
— — § 139—141. II 275 b.
— — § 139. II 275 g.
— — § 140. II 275 d.
— — § 142—147. II 275 q.
— — § 145. II 275 t.
— — § 146. 147. II 275 s.
— — § 148—154. II 275 v.
— — § 149—150. II 275 cc.
— — § 155—162. II 275 nn.
— — § 156. II 275 rr.
— — § 158. II 264 k.
— — § 161. II 275 vv.
— — § 162. II 275 oo.
— — § 164—166. II 281 l.
— — § 167. II 281 k.
Lib. III § 169 sqq. II 280 c.
— — § 173 sq. II 280 a.
— — § 176—179. II 280 c. t.
— — § 180 sq. II 280 w.
— — § 183 sqq. II 277 e.
— — § 184. II 277 i.
— — § 186. II 277 r.
— — § 189. II 277 l.
— — § 190. II 277 m.
— — § 191. II 277 q. s.
— — § 192 sqq. II 277 f. o. p. t.
— — § 199. II 214 b. d.
— — § 209. II 277 v.
— — § 210 sqq. II 277 y.
— — § 215. 216. II 264 l.
— — § 219. II 277 aa.
— — § 220 sqq. II 277 b.
— — § 222. II 212 p.
— — § 223. II 277 kk.
— — § 224. I 154 k.
Lib. IV § 2. I 165 z. aa.
— — § 4. I 165 m.
— — § 5. I 165 bb.
— — § 6 sqq. II 277 d.
— — § 9. I 157 f. II 321 r.
— — § 11. I 78 a. 85 c. 161 a. 21.
— — § 13 sqq. I 161 c.
— — § 15. I 49 d. 53 f. 154 a. 162 c.
— — § 16. in f. I 40 h. 153 b. II 236 o.
— — § 18—20. I 162 (475).
— — § 18. I 161 s. 162 c. 165 cc.
— — § 21—25. I 162 (479).
— — § 21. II 269 v.
— — § 23. II 261 s.
— — § 25. I 162 n.
— — § 26—29. I 162 (479).
— — § 27. I 162 u.
— — § 31. I 153 t. 163 c. d.
— — § 32—38. I 165 tt.
— — § 32. I 162 t. 163 e.
— — § 34. I 156 c. 167 c. II 236 kk.
— — § 35. I 179 aa. II 236 ll. 327 p.
— — § 36. II 236 hh.
— — § 37. I 165 w. II 217 e. 277 k.
— — § 38. II 280 mm.
— — § 43. I 166 e.
— — § 44. I 167 a. q. 221 i.
— — § 45. I 165 u. yy.
— — § 47. I 165 yy. 172 l.
— — § 48—52. I 166 b.
— — § 48. I 175 e. II 258 n.
— — § 51. I 172 l.
— — § 52. I 175 e.
— — § 53—60. I 167 r.
— — § 53. I 165 (492).
— — § 54. I 165 g.
— — § 55. I 167 d.
— — § 57. I 177 a.
— — § 60. I 167 w.
— — § 64. II 280 f.
— — § 69—74. II 266 b.

Lib. IV § 75—61. II 277 ww—bbb.
— — § 80. II 285 e. 286 c.
— — § 82—87. I 156 a. q.
— — § 84. I 156 s. u.
— — § 88—102. I 157 b.
— — § 91—95. I 168 e.
— — § 92. II 236 ee.
— — § 95. I 153 e. 168 e.
— — § 98. I 156 v.
— — § 99. I 156 w. dd.
— — § 101. I 156 r. y. II 208 p.
— — § 102. I 179 kk. II 292 gg.
— — § 103—109. I 159.
— — § 104. I 67 d.
— — § 105. I 83 m. 154 i.
— — § 108. I 80 f. g. 170 g. II 258 n. 292 hh.
— — § 113. I 156 c.
— — § 114. I 172 i.
— — § 115—129. 133. I 170. 171.
— — § 116. II 279 c.
— — § 118. I 170 q.
— — § 122. I 175 ii.
— — § 124. I 156 h.
— — § 125. I 170 x.
— — § 126. I 170 t. z. II 279 c.
— — § 129. I 170 ee.
— — § 130—137. I 164 b.
— — § 131. I 165 h.
— — § 134. 135. I 164 f.
— — § 138—170. I 169.
— — § 141. I 154 l. 169 d.
— — § 144—147. II 225 d.
— — § 150—152. II 225 n. 239 o.
— — § 160. II 225 k.
— — § 163. I 169 h.
— — § 165. I 169 f.
— — § 166. I 169 k. II 225 p.
— — § 169. I 157 d.
— — § 171—182. I 157 e.
— — § 183—187. I 160 n.
— — § 185. I 154 m.

Heracleensis tabula.
v. 113 sqq. II 216 p.

Lex agraria a. 643.
c. 8. I 72 l.
c. 16. I 69 h.
c. 17. I 154 hh.
c. 33. II 203 f.
c. 38. I 69 i.
lin. 49. II 202 cc.

Lex Rubria
cap. 21. 22. I 157 g. 161 k. 179 mm.

Novellae Valentiniani.
Nov. 63 § 2. II 306 o.
Nov. 64 § 1. II 306 n.

Pauli sententiae receptae.
Lib. 1 Tit. 2 § 1. I 156 l.
— — — — — § 2. I 156 i.
— — Tit. 11. I 157 b.
— — Tit. 13 b. II 314 p.
— — Tit. 17 § 1. II 257 s.
Lib. I Tit. 17 § 2. II 257 w.
— — Tit. 19. I 157 f. 179 d. II 275 m. 277 z.
— — Tit. 21 § 2. II 231 ee.
Lib. II Tit. 1 § 5. II 269 r.
— — Tit. 4. II 250 p.
— — Tit. 5 § 1. II 247 i. 248 f.
— — Tit. 13. II 247 b.
— — — — § 1. II 247 k.
— — — — § 2. II 247 h.
— — — — § 3. II 247 d.
— — — — § 5. II 247 i.
— — Tit. 14 § 2—4. II 261 t. w.
— — Tit. 17 § 3. 4. II 275 l. m.
— — Tit. 20. II 287 m.
— — Tit. 21 a § 3. II 211 i.
— — Tit. 24 § 1. 2. 3. II 211 m. o.
— — Tit. 25 § 4. I 151 d.
— — Tit. 31. II 277 e.
— — — — § 22. II 277 r.
Lib. III Tit. 1. II 316 y.
— — Tit. 4 a. II 306 a.
— — Tit. 5 § 14—18. II 314 z.
— — Tit. 6. II 321 e.
— — — — § 3. 5. 6. II 321 ee. oo.
— — — — § 10. II 321 p.
— — — — § 24. II 255 q.
— — — — § 26. II 321 e.
— — — — § 30. II 257 w.
— — Tit. 8. II 321 ooo.
Lib. IV Tit. 1. II 322.
— — — — § 16. II 322 p.
— — Tit. 2. II 324 h.
— — Tit. 3. II 324 i.
— — Tit. 4. II 324 m.
— — Tit. 5. II 311 r.
— — Tit. 6. II 313 ii. ll.
— — Tit. 8. II 304 a.
— — — — (§ 21). I 104 tt.
— — — — § 22 (20). I 104 tt. II 304 f. 308 u.
— — Tit. 10 § 2. II 211 h.
— — Tit. 12 § 1. II 213 bb.
— — — — § 2. II 213 r.
— — — — § 3—8. II 213 zz.
— — Tit. 14. II 213 ccc.
Lib. V Tit. 1 § 2. II 215 d.
— — — — § 5. II 221 f.
— — Tit. 2 § 1. II 228 y.
— — — — § 2. II 203 m.
— — — — § 3. II 240 a.
— — — — § 4. II 239 aaa.
— — Tit. 5 a. I 175 a.
— — — — § 1. I 92 f. 175 n. II 250 p.
— — — — § 2. I 173 c.
— — — — § 7. I 175 k.
— — — — § 7. 8. I 181 e. o.
— — — — § 10. I 180 i.
— — Tit. 6 § 10—12. II 225 cc. ff. ii.
— — Tit. 6 § 16. II 250 n. 251 i.

Lib. V Tit. 9 § 1. 2. II 232 n. 320 b.
— — Tit. 11 § 6. II 206 oo.
— — Tit. 25 § 6. II 306 m.
— — Tit. 26 § 4. II 250 q.
— — Tit. 32 sqq. I 181 g.
— — Tit. 35 § 2. I 181 m. p. r. aa.
Ulpiani Fragmenta.
Prooem. § 1. 2. I 74 e. II 206 q. 321 mmm.
Tit. 1 § 8. II 213 l.
— — § 11. II 213 zz.
— — § 12. II 213 uu. xx.
— — § 13. II 213 mm.
— — § 14. II 213 ii.
— — § 15. II 213 kk.
— — § 16. II 213 aa.
— — § 17. II 213 ll.
— — § 18. II 213 bb.
— — § 19. II 213 ee.
— — § 21. II 326 b. k.
— — § 24. 25. II 213 ccc.
Tit. II. II 212 u.
— — § 7. II 213 o.
Tit. III. II 218 c.
— — § 1. II 218 g.
— — § 3. II 217 h. 213 xx. 218, 2. 287 h.
Tit. V. II 283 a.
— — § 3. II 197 a. E.
— — § 4. II 217 c.
— — § 6. II 288 d.
— — § 8. II 217 h.
— — § 9. II 211 f.
— — § 10. II 211 l.
Tit. VI. II 292
— — § 1. 2. II 292 f. i.
— — § 3. 4. 5. II 292 v. x. y.
— — § 7. II 292 w.
— — § 13. II 292 ii.
Tit. VII § 1. II 294 c.
— — § 2. II 294 d.
— — § 3. II 292 hh.
— — § 4. II 218, 3.
Tit. VIII. II 213 xx. 283 a.
Tit. IX. II 285 a.
Tit. X. II 284 a.
— — § 1. II 282 e. 284 h.
— — § 4. II 284 b.
Tit. IX. II 297 ff. 302.
— — § 3. 5. II 298 c. e. 302 d.
— — § 6—8. II 298 h. 302 h.
— — § 10 sqq. II 220 c.
— — § 13. II 220 mm.
— — § 14. II 306 a.
— — § 17. II 298 o.
— — § 18. II 298 s. 302 o.
— — § 26. II 298 dd.
— — § 27. II 92 h. s. 302 c.
— — § 28. II 202 p.
Tit. XII § 2. 3. II 299 b. d.
Tit. XIII. II 313 dd. ee.
Tit. XIV. II 313 o. u.
Tit. XV. II 313 cc.
Tit. XVI § 1. II 313 o. r. v. x. bb. cc.
— — § 3. 4. II 313 v.
Tit. XVII. II 326.
— — § 1. II 313 q. hh. 326 b.
— — § 2. II 326 l.
— — § 3. II 326 s.
Tit. XVIII. II 326 h.
Tit. XIX § 1. II 238 s.
— — § 2. II 237 b.
— — § 3 sqq. II 238 k. z. aa.
— — § 4. II 217 b. s.
— — § 5. II 197 b.
— — § 7. II 238 aa.
— — § 8. II 238 aa. 239 b.
— — § 9. II 238 i.
— — § 11. II 297 b.
— — § 13 sq. II 313 n.
— — § 16. II 238 ff.
— — § 17. II 326 v.
— — § 18. 19. II 281 e.
Tit. XX. II 306.
— — § 3—6. II 306 e.
— — § 8. II 217 q.
— — § 13. II 307 h.
— — § 14. II 217 f. q.
— — § 16. II 307 b.
Tit. XXII § 3. II 217 q. 313 q.
— — § 4—6. II 191 d. 308 v.
— — § 11—13. II 313 b.
— — § 16. II 310 d.
— — § 17. II 311 d.
— — § 19. I 73 a. II 308 z.
— — § 20—22. II 310 e. f.
— — § 23. II 319 a.
— — § 31. 32. II 312 p.
— — § 34. I 99 bb. II 312 q.
Tit. XXIII. II 311.
— — § 2. II 311 m.
— — § 4. 5. II 311 b. c.
— — § 6. II 318 b.
— — § 10. II 306 i.
Tit. XXIV. II 321 c.
— — § 4. II 321 o.
— — § 7. II 236 dd. 321 i.
— — § 11 a. I 73 a. II 236 dd. 321 k.
— — § 12. 13. I 73 b. II 321 m. t.
— — § 15. II 321 kk.
— — § 16. II 321 ee.
— — § 17. II 321 ss.
— — § 18. II 321 oo.
— — § 24. II 321 rr.
— — § 25. II 324 d.
— — § 27. II 255 x.
— — § 29. II 321 fff.
— — § 30. 31. II 321 xx. yy.
— — § 32. II 321 qq.
— — § 33. II 321 r. 322 t.
Tit. XXV. II 322.
— — § 1 sqq. II 322 c. g.

Tit. XXV § 6. 7. II 321 nn.
— — § 9. II 321 d.
— — § 12. I 176 h.
— — § 14. II 324 l.
— — § 15. II 324 f.
— — § 17. II 326 k. r.
— — § 18. II 322 q.
Tit. XXVI. II 304.
— — § 1. II 304 b.
— — § 6. II 304 e.
— — § 7. II 304. 317 p.
— — § 8. II 304 o. 317 p.
Tit. XXVII. II 304 cc.
Tit. XXVIII § 5. 6. II 318 b. h.
— — § 7. II 316 gg. 317 t. v. y. 321. 327 e.
— — § 10. II 316 u.
— — § 11. II 316 o.
— — § 12. II 316 f. g.
— — § 13. II 316 dd.
Tit. XXIX. II 319 l.
— — § 1. II 319 n.
— — § 3. II 319 s.
— — § 4. 5. II 319 n.
Volusius Maecianus assis distr. 145. I 165 n.

c) Nachjustinianische Quellen.

Theophili Paraphr. Instit.
— — — I 2, 5. I 75 a.
— — — I 2, 8. I 171 l.
— — — II 6. II 240 h.
— — — ad § 1. I de serv. II 253 ff.
— — — II 20, 2. II 321 u.
Th. Par. III 13. pr. I 99 ii.
— — — IV 3. II 277 y.
— — — IV 6. pr. I 99 ii.
— — — IV 6, 13. II 221 i.
— — — IV 15, 3. II 251 d.

II Stellen bei Nicht-Juristen.

Appianus de bello civili.
I 23. I 62 g. 63 r.
I 27. I 72 i.
I 38. I 92 m.
I 49. 53. I 64 m.
I 54. II 261 n. o.
V 67. II 321 ooo.
Ascon. in Cornel. p. 58 Orell. I 81 q.
— — p. 76 Orell. I 52 g.
Auctor ep. ad Octav. I 156 c.
Aurelius Victor de Caes. 16. I 95 b.
— — — 19. I 114 u.
— — — 24. I 100 t.
— — — de viris illustr. 21. I 54 h.
Boëthius ad top.
II p. 299, 12 (Orelli). II 285 f.
Catullus 34. I 43 c.
Censorinus de die nat. 24 (Jahn) I 158 i.
Cicero.
ad Attic. I 19. I 58 e.
— V 21, 6. I 67 f.
— V 21, 11. II 261 w. aa.
— VI 1. I 67 c. 69 e. 77 c. II 261 w.
— XIII 46. II 312 o.
— XVI 15. I 156 v.
ad famil. II 29. II 302 m.
— VI 18. I 65 h.
— XIII 11. I 65 b.
ad Quint. fratr. I 1. 7. 11. I 68 h. 115 c. d.
ad Serv. Sulpitium XIII 27. I 171 h.
agrar. I 1, 2. II 238 e.
Cicero.
agrar. II 3. I 61 f.
— II 5. I 72 f.
— II 11. 12. I 59 d. e. f.
— III 3. III 225 aa.
Brutus 14. I 59 l.
— 27. I 71 h.
— 34. II 277 z.
— 36. I 72 l.
— 41. 42. I 97 e. h. l. m. n. 103 b. i.
— 89. I 97 (249). 103 c.
— de divinat. II 34 sqq. I 79 d. g. o. p. q.
de fin. I 4. I 76 m. II 242 kk.
— — II 1. I 164 c.
— — IV 27. I 77 e.
— — V 26. I 164 c. 171 h.
— de invent. I 45. II 238 a.
— — II 20. I 171 k.
— — II 21. II 308 b.
— — II 50. II 297 l. 306 a.
— de legibus I 3. 4. I 76 i.
— — I 5. I 78 e.
— — I 21. II 234 n. p.
— — II 4. I 55 h.
— — II 6. I 75 k.
— — II 9. I 41 s.
— — II 19. I 41 z.
— — II 21. II 316 kk.
— — II 23. I 77 o.
— — II 24. II 239 e.
— — III 3. 12. I 75 q.
— — III 19. I 56 b. d. 61 x.
— de officiis I 12. II 239 d.

Cicero de officiis III 14. I 170 o.
— — III 16. II 272 c. 275 l.
— — III 17. I 84 b.
— de orat. I 38. I 153 f.
— — I 39. II 195 y. 317 u.
— — I 44. I 54 g.
— — I. 45. 48 in f. I 76 f. h.
— — I 56. II 285 f. 314 mm.
— — I 57. 58. I 76 c. 77 m.
— — II 33. 55. I 77 k. l.
— — III 1. I 179 qq.
— de republ. II 21. I 47 b.
— — II 22. I 48 h. i. r.
— — II 31. I 48 t.
— — II 32. I 41 k.
— — II 34. I 52 n.
— — II 35. I 53 g.
— — III 19. II 275 m.
— — IV 2. I 61 t.
— — V 2. I 150 b.
— orat. part. c. 28. II 316 gg.
— Philipp. II 28. II 291 (401).
— — II 32. I 79 e.
— — II 33. I 61 i.
— in Pis. 9. I 156 c.
— pro Archia c. 4. I 95 g.
— pro Balbo 8. I 64 f. g.
— pro Caecina 7. I 161 s. II 230 d.
— — — 19. I 173 p. II 239 b.
— — 31. II 225 r. t.
— — 32. II 230 d.
— — 35. I 63 l. r. 153 x.
— pro Cluentio 41. I 179 t.
— — 43. I 53 e. 154 ee.
— pro Cornel. apud Ascon. p. 67 Orell. I 75 i.
— pro Flacco 34. II 285 g.
— pro Ligario 11. I 40 f.
— pro Murena 11. I 77 d. f. 96 b.
— — 12. I 77 b. 80 a. 173 p. II 297 c. 302 m.
— — 12. 27. II 285 f.
— pro Plancio c. 3. I 59 i. m.
— — c. 20. I 61 f.
— — c. 21. I 179 aa.
— pro Quinct. c. 8. I 179 ii. kk.
— — c. 15. I 179 ff.
— — c. 19. I 179 bb.
— — c. 27. I 179 cc.
— — pro Rosc. com. 4. I 154 q. nn. II 269 l.
— pro Scauro 44. I 69 a.
— pro Sextio 47. I 70 d.
— pro Tullio 20. I 161 s.
— topic. 1. I 76 f.
— — 3. II 255 x.
— — 4. II 239 b. 292 b. 302 m.
— — 5. I 73 (165). II 238 p.
— — 7. I 102 b.
— — 10. II 238 z.
— Verr. I 10. I 158 n.
— — I 44. I 81 g. m. o. 85 d.
Cicero Verr. I 45. I 81 k. m. II 316 l. 317 l.
— — 46. I 81 m. p. 92 h. 180 l.
— — II 2. I 67 b. 150 a. 184 c.
— — II 12. I 166 v.
— — II 13. 23. I 67 d. i. 180 h.
— — III 6. I 69 b.
— — III 15. 38. I 152 f.
— — III 40. I 69 b.
— — III 65. II 209 w.
— — III 75. I 68 k.
— — V 53. I 67 a.
Columella III 3. I 94 e.
Dio Cassius XXXVI 22. I 75 g.
— — XXXVI 23. I 81 n.
— — LXXVII 4. I 100 n.
— — LXXVII 9. I 95 c.
— — LXXIX 21. I 100 t.
Diodori excerpta Vaticana Lib. XXXVII p. 130 ed. Dind. I 62 g.
Dionysius I 40. I 40 i.
— I 73. I 36 c.
— II 8. I 42 a.
— II 10. I 42 c.
— II 14. I 41 o.
— II 15. I 41 t. u.
— II 22. I 60 a.
— II 36. I 38 c.
— II 72. II 291 e.
— II 73. I 41 v.
— II 76. I 40 d. f.
— III 36. I 36 d. 37 g. o. 40 f.
— IV 10. 13. I 37 c. d.
— IV 14. I 47 d.
— IV 15. I 40 d.
— IV 21. I 61 a. n.
— IV 25. I 49. 150 b.
— IV 36. 43. I 37 d. e.
— IV 44. I 48 v.
— VI 83. I 52 n.
— VI 89 a. A. I 52 a.
— VII 17. I 52 i.
— VII 38. I 41 o.
— VII 64. I 52 b. i.
— IX 41. I 41 o.
— X 1. I 53 c. 150 b.
— X 31. 32. I 52 e. II 244 e.
— X 50. I 53 g.
— X 57. I 54 e.
— XI 44. I 54 f.
Eutropius VIII 9. I 114 t.
Festus s. v. aerarii tribuni I 162 u.
— s. v. ambitus II 231 o.
— s. v. assiduus I 48 i.
— s. v. centumviralia I 49 a. 153 s.
— s. v. centuriata I 48 k.
— s. v. condictio I 162 b.
— s. v. contestari I 172 r.
— s. v. famuli I 39 b.
— s. v. insulae II 231 o.
— s. v. manumitti II 213 e.
— s. v. multam I 39 b. 53 g.

Festus s. v. municeps I 60 d. 62 c.
— s. v. municipia I 60 d.
— s. v. nancitor I 83 h. II 248 e.
— s. v. nexum II 238 p. 269 gg.
— s. v. nuncupata II 238 q. 275 l.
— s. v. opima I 47 h.
— s. v. ovibus duobus I 53 g.
— s. v. patres I 42 f.
— s. v. pedarium I 58 c.
— s. v. plorare I 41 t.
— s. v. portum I 160 d.
— s. v. possessio I 57 h. II 227 b. 235 b. i.
— s. v. praefecturae I 62 f. 79 n.
— s. v. praeteriti senatus I 58 a.
— s. v. primanus tribunus I 162 u.
— s. v. priscae latinae I 63 f.
— s. v. procum I 154 ee.
— s. v. publica pondera I 53 g.
— s. v. quintanam I 48 m.
— s. v. reciperatio I 83 f.
— s. v. res comperendinata I 154 a.
— s. v. ricinium I 77 n.
— s. v. rupitiae II 277 s.
— s. v. sacer I 42 e.
— s. v. sacramentum I 161 f. g. II 270 mm.
— s. v. sarcito II 277 z.
— s. v. sarpiuntur II 231 dd.
— s. v. spectio I 79 e.
— s. v. status dies I 83 n.
— s. v. tignum II 231 dd.
— s. v. tributorum conlatorum I 51 i.
— s. v. tributum I 43 f.
— s. v. vagulatio I 160 d.
— s. v. vectigal II 245 a.
— s. v. vindex I 162 h.
— s. v. vindiciae I 154 e. 161 l. t. II 232 m.
— p. 158. ed. Müller II 213 e.
— p. 321, 17. 18. Müller II 269 gg.
— p. 371. II 321 m.
Frontinus de controv. agr. p. 43, 19 Lachm. II 234 q.
— — Lachm. p. 43, 23. II 234 l.
— — Lachm. p. 36, 8. II 235 g.
Fronto orat. de testam. transmarin. Ep. II 15 p. 70 sqq. ed. Niebuhr II 318 d.
Gellius I 12. II 220 tt.
— II 4. I 99 cc.
— II 28. I 36 a.
— III 2. II 199 y.
— III 18. I 58 b. c. d.
— IV 3. II 291 e. 292 t.
— IV 4. II 258 l. m.
— V 10. I 172 t.
— V 18. I 83 r.
— V 19. II 213 q. 283 o.
— V 7. II 216 i.
— VII 4. II 238 c.
— VII 13. I 48 a.
Gellius X 23. II 291 d.
— XI 1. I 39 b. 53 g. h.
— XI 17. I 81 g. 85 d.
— XIII 10. I 98 c.
— XIII 12. 13. I 79 s. t. w. 103 k.
— XIII 15. I 52 c.
— XIV 2. I 154 x. 157 g. 174 dd.
— XV 13. II 216 i.
— XV 27. I 41 a. b. 59 b.
— XVI 10. I 48 i. 153 t. u. 163 c.
— XVI 13. I 95 i.
— XVII 7. II 239 rr.
— XVII 21. II 291 e.
— XX 1. I 179 f—n. II 277 kk.
— XX 10. I 161 l.
Hieronymi ep. ad Domnionem. 50 ed. Vallars. I 153 e.
Hyginus de generibus controv. p. 130. II 234 k. l. p. 126, 13. II 234 o.
— p. 204, 16. II 245 d.
Hyginus de condic. agrorum p. 116 Lachm. II 240 a. 245 g.
Inscript. Orelli 3041. I 94 g.
— — 3121. I 65 g.
— — 3433. 3676. I 92 p. s.
— — 3679. I 65 e.
— — 3680. I 65 e. 107 o.
— — 3721. I 58 d.
— — 3787. 3838. I 92 o. q.
— — 3979. I 92 r.
— — 4126. 4040. 4041. I 65 d. f. g.
Isidori Orig. V 24. II 285 f.
— — V 25. II 316 hh.
— — V 25, 17. II 225 bb.
— — IX 4, 12. I 58 d.
— — IX 4, 45. II 238 t.
Lampridius, Elagab. 16. I 99 x. 100 t.
— Alexander 51. I 100 z.
— — 68. I 99 x.
Livius I 8. I 42 a.
— I 13. I 38 d.
— I 26. I 41 q. t.
— I 30. I 46 d.
— I 32. I 38 a. 83 c.
— I 43. I 51 g. 61 a. b.
— I 48. I 48 p. u.
— I 49. I 63 k.
— I 53. I 46 c.
— I 60. I 48 p.
— II 2. I 51 e.
— II 5. I 60 a. II 213 f.
— II 21. I 52 b.
— II 24. II 269 ee.
— II 30. I 51 f.
— II 58. I 52 g.
— III 9. 10. I 53 b. c. 150 b.
— III 30. I 52 k.
— III 31. 32. I 54 a.
— III 44. 47. I 162 l.
— III 55. I 49 c. 56 h.
— III 65. I 52 m.

Livius IV 1. I 56 i.
— IV 6. 8. I 56 l. n.
— IV 24. 31. I 56 o. p.
— IV 30. I 83 c.
— IV 36. I 53 a.
— IV 59. I 51 g.
— V 7. I 61 u.
— VI 1. I 55 a.
— VI 37. 39. I 57 a. b. c.
— VI 42. I 56 s. t.
— VII 1. I 56 s. t. 57 i.
— VII 3. I 60 k.
— VII 16. I 57 g. II 261 h.
— VII 19, 5. II 261 k.
— VII 21. I 59 l. n.
— VII 27. 28. 42. II 261 h. i. n.
— VIII 12. I 57 l.
— VIII 14. I 62 b. 63 p. 83 b. II 217 n.
— VIII 15. I 59 l. n.
— IX 43. I 62 b. 63 p.
— IX 46. I 60 q. 77 c.
— X 3. I 42 a.
— XXIII 23. I 58 f.
— XXIV 7. I 61 c.
— XXIV 11. I 61 u.
— XXIV 18. I 60 o.
— XXV 1. I 81 d.
— XXV 3. I 62 h. 83 q.
— XXVI 16. I 62 d.
— XXVI 34. I 62 b.
— XXVI 48. I 83 h.
— XXVII 9. I 63 g. n.
— XXIX 15. I 63 o.
— XXIX 37. I 60 g. 61 e. v. 63 s. 79 x.
— XXXIV 4. I 57 d.
— XXXIV 57. I 83 g.
— XXXV 7. II 261 p.
— XXXVII 50. I 83 q.
— XXXVIII 36. I 62 g.
— XXXVIII 38. I 83 g.
— XXXIX 9. I 61 u.
— XXXIX 19. I 39 d. 61 u. II 285 l.
— XL 29. I 37 h. k. l.
— XL 51. I 61 q.
— XLI 8. I 63 k.
— XLI 9. II 213 l.
— XLIII 5. II 197 b.
— XLV 15. I 60 g. 61 s.
— XLV 21. I 59 c.
— XLV 29. I 62 b. 63 q.
— epit. 19. I 83 p.
— — 55. I 179 m.
— — 74. II 261 o.
— — 77. I 64 k. o.
— — 80. 84. I 64 i.
Macrob. Saturn. I 9. I 99 cc.
— — I 15. I 77 c.
— — I 16. I 151 c.
— — III 11. I 37 p.
Oratio pro domo 14. I 59 n.
— — 29. I 153 x.
Ovid. Fast. II 527. I 43 d.
Ovid. Fast. I 47. 48. I 151 c.
Plaut. Most. III 1. 139 ff. V 1. 5 ff. II 269 f.
— Pseudolus I 3. 69. II 209 i.
— Rudens V 3. 24. 25. I 80 g. 170 q. II 209 i.
Plin. epist. V 1. II 311 s.
— — VI 15. I 99 h.
— — VI 33. I 153 l.
— — VII 6. I 171 d.
— — VII 16. I 92 g. 93 e.
— — VII 18. II 245 p.
— hist. natur. praef. § 6. I 154 dd.
— — IX 60. II 238 aa.
— — IX 85. II 275 z.
— — XIII 27. I 37 h. i. m.
— — XVI 15. I 59 b.
— — XVIII 3. I 53 g. II 245 b.
— — XXIII 7. 8. I 162 u.
— — XXXIII 6. I 77 c.
— — XXXIII 9. I 41 f.
— — XXXIV 11. I 54 b.
Plutarch. Numa 1. I 36 e.
— — 9. I 41 w.
— Tib. Gracch. 9. I 72 g.
— Caesar 4. I 67 a.
— qu. rom. 28. II 285 f.
Polybius III 22. 24. I 83 e. i.
Priscian. VIII 4. I 164 a.
Pseudo-Ascon. p. 139 Orelli. I 74 d.
— — p. 164 Orell. I 154 a.
Quinct. Instit. orat. IV 2. I 167 d.
— — — V 7, 9. I 174 q.
— — — V 7, 32. I 174 n.
(Sallustii) epist. de ordin. republ. II 8. I 61 l.
— fragmenta Lib. III p. 971 Cort. I 59 n.
Seneca de benef. III 7. I 154 q. dd.
— de ira II 29. I 174 l.
— epist. 94. I 116 i.
— de matrimonio fr. II 289 f.
Serv. ad Virg. Aen. III 68. I 100 b.
— — IV 214. I 140 f.
— — VI 609. I 42 d.
— — VII 695. I 54 a.
— ad Virg. Georg. I 31. II 285 f.
Siculus Flaccus p. 2 Goes. I 63 b.
— — p. 144, 19 Lachm. II 234 n. p.
— — p. 152, 1. Lachm. II 234 o.
Spartian Hadrian. 7. I 88 b.
— Sever. 1. I 95 b.
— Carac. 4. I 100 n.
Sueton. Octav. 32. I 154 x. y.
— Calig. 16. I 58 a.
— Domit. 8. I 110 c. 154 n.
— de claris rhetor. c. 6. I 103 s.
— Vespas. 3. I 154 n.
— Syrus 248. 249. I 171 a.
Tacit. ann. I 15. I 87 a.
— — I 73. II 238 aa.
— — II 28. I 174 l.

Tacit. ann. III 25—28. I 106 h. 107 m. n.
— — III 26. I 150 b.
— — VI 16. II 261 g. n.
— — XIII 27. II 213 s.
Tibull. IV 13, 17. I 179 qq.
Treb. Pollio Trig. tyr. 24. I 89 m.
Valerius Maximus II 1, 4. II 291 e.
— — II 2, 7. I 52 d.
— — VIII 6, 3. I 57 g.
Varro de Lingua Lat. V 55 Muell. I 46 b.
— — V 107. I 40 f.
Varro de Lingua Lat. V 179. I 60 d.
— — VI 30. I 151 c.
— — VI 31. I 158 i.
— — VI 71. II 258 n.
— — VII 28. I 39 b.
— — VII 93. I 172 a.
— — VII 105. I 162 o. q. II 238 p. 269 ff.
— de re rust. II 1. II 236 s.
— — II 10. II 236 x. 237 b.
Velleius II 6. I 150 b.
— II 20. I 54 k. l.

B. Namen- und Sachregiſter.

Das Zeichen * vor einem Wort deutet an, daß die neueren Juriſten ſich dieſes Wortes als eines techniſchen zu bedienen pflegen.

A.

Ab actis I 127 (351).
Abdicare se tutela II 298 o.
Abdicatio liberorum II 284 (391).
Abgeleiteter Beſitz II 229 y.
Abortus II 210 f.
Abrogare legem I 74 d. i.
Absolutio ab actione und ab instantia I 186 (577).
Abſolution des Beklagten I 166 a. 172 (524). 174 ii. 175 c. bb. 186 (577).
Abſtimmung in Volksverſammlungen I 71 (156). 74 (167).
Abstinendi beneficium II 312 (447).
Aburnus Valens I 99 (259).
Abweſenheit als Reſtitutionsgrund II 209 o.
Accensi velati I 48 (96) b. (98).
Acceptation II 271 (348).
Acceptilation II 274 (356). 280 b.
*Accessio als Eigenthumserwerb II 236 (185). 242 (225).
— possessionis bei der Erſitzung II 239 (205).
— — beim Interdictum utrubi II 225 n. 239 o.
Acceſſionen einer Obligatio II 260 (307). 261 b.
— einer Sache II 242 (224. 225).
Acceſſoriſche Natur des Pfandrechts II 251 (266).
— Forderungen II 263 (321). 264—266.
*Accidentalia negotii II 204 (44).
Accipere iudicium I 172 (523 folgde.).
Accreſcenzrecht bei einem gemeinſchaftlichen Sclaven II 213 (91).
— der Miterben II 314 ff. 326.
— der Legatare II 321 m. t. x. 326.
Accursius I 143 c.
Accusatio II 277 (367).
— e lege visellia II 215 c. 221 a.
Acta I 92 (231).
Actio I 29 (47) engere Bedeutungen I 165 c. dd. 167 p. 176 i.
— ad exhibendum II 242 e.
— ad supplementum legitimae II 311 dd.
— adiecticiae qualitatis II 266 c.
— aestimatoria I 165 kkk. II 272 (352). 275 (359).
— aquae pluviae arcendae II 231 t.
— arbitraria I 154 (446). 166 (501). 170 (518). 172 (525). 179 qq. 185 (573).
— auctoritatis I 173 p. II 240 i. 275 l. 285 g.
— auf ein certum I 165 (486).
— bonae fidei I 154 (441. 444). 165 (492). 166 (501). 170 (517). 172 (525). 185 (573). II 269. 273 n.
— calvisiana II 319 x.
— certa I 164 (484).
— civilis in factum I 165 (497).
— commodati II 272 n.
— communi dividundo II 275 (363).
— conducti II 275 (360).
— confessoria I 256 (286).
— constitutoria II 269 nn. 276 c.
— contraria II 262 (317).
— damni infecti I 173 l. II 231 (164).
— de dolo I 177 o. p. II 209 aa.
— de dote II 292 (409).
— de effusis et deiectis II 277 ss.
— de eo quod certo loco I 152 q. 166 r.
— de in rem verso II 266 g.
— de modo agri I 157 f.
— de moribus I 157 d. II 292 gg.
— de pauperie II 277 ddd.
— de peculio II 266 (329).
— de pecunia constituta II 269 nn. 276 e.
— de posito et suspenso II 277 tt.
— de rationibus distrahendis II 300 f.

Actio de recepto II 276 g.
— de tigno iuncto II 231 dd. 242 e.
— depensi I 157 (459). 162 (478). II 264 y. 277 z. (368).
— depositi I 166 (501). II 272 p.
— directa, contraria II 262 (317).
— directa, utilis I 165 (494).
— duplae II 272 c. 275 l.
— emti II 275 (359).
— ex sponsu II 258 n. 289 f.
— ex stipulatu I 165 dd. ll. II 273 l. wegen der dos II 292 (409).
— ex testamento II 321 q. u.
— exercitoria II 266 (329).
— familiae herciscundae II 275 mm. 314 ii. 321 aa.
— famosa I 157 (459). II 216 (102). 220 ff.
— faviana II 319 x.
— ficticia I 165 (494).
— fiduciae II 247 k. 272 b.
— finium regundorum I 167 k. II 234.
— furti II 214 b. d. 236 t. 277 (123). Schätzung bei derselben II 260 e.
— furti manifesti I 80 (191). II 277 (367).
— generalis I 131 h.
— honoraria I 80 (191).
— hypothecaria II 251 (264).
— in bonum et aequum concepta I 165 pp.
— incerta I 164 (484).
— in factum I 165 (494). 170 (518). 185 (573).
— — in Acceſſionsfällen II 242 x.
— — in Bezug auf die in ius vocatio I 160 i.
— — zum Schutz des missus I 169 m. II 248 c.
— in personam I 30 (51). 165 a. bb. 175 (542). 185 (573).
— in rem I 30 (51). 165 (485). 166 (500). 168 (507). 175 (541). 232 c.
— beim ager vectigalis II 245 (238).
— — de superficie II 244 b.
— — emphyteuticaria II 245 (241).
— — für Peregrinen und Provincialeigenthum II 235 (182).
— — scripta I 165 d.
— incerti I 165 hhh.
— iniuriarum II 277 pp. qq. des Hausſohns II 219 i. k. servi nomine II 212 r. des mancipatus II 286 c.
— institoria II 266 (329).
— interrogatoria I 173 (531).
— iudicati I 156 (456). 157 (458). 177 o. 179 (550).
— iuris iurandi I 173 h.
— legis Aquiliae I 165 w. 173 d. II 277 (369). gegen den adstipulator II 264 l. 277 z.
— locati II 275 (360).
Actio mandati II 275 (363). des Bürgen II 264 w. gegen den adstipulator II 264 k.
— mixta I 167 k. 175 d. II 277 d.
— momentariae possessionis I 187 m.
— nata II 208 (69).
— negatoria II 232 (171).
— negotiorum gestor. II 275 ccc.
— noxalis I 173 m. II 277 ww.
— pauliana II 246 e.
— perpetua II 208 (66. 68).
— pigneraticia II 248 (249). 251 k.
— poenalis II 208 (65). 277 (367).
— popularis II 219 h.
— praeiudicialis I 167 (504). 175 (540). II 221 (124).
— praescriptis verbis I 165 (497). 185 (573). II 272 (353).
— pro socio II 275 (362).
— protutelae II 300 k.
— publiciana II 233. 236 (191).
— — b. d. Emphyteuſis II 245 gg.
— — bei der Superficies II 244 i.
— confessoria II 256 aa. bb. ii.
— quanti minoris II 275 (359).
— quasi institoria II 266 h.
— quasi serviana II 251 k.
— quod iussu II 266 (328).
— quod metus causa I 177 l. II 209 w.
— recepticia II 269 oo. 276 d.
— redhibitoria II 275 (359).
— rei persecutoria II 208 g. 277 (367).
— — uxoriae I 165 nn. II 292 (409).
— rerum amotarum II 294 (413).
— rescissoria I 177 (547). II 206 ii.
— restitutoria I 177 (547). II 209 x.
— rutiliana I 166 v. 179 aa. II 236 ll. 251 n. 327 p.
— serviana II 251 k.
— — des bonorum emtor II 236 ll. 327 p.
— stricti iuris I 165 (492). 172 (525). 185 (573). II 269. 272 ee.
— temporalis II 208 (67. 68).
— tributoria II 266 (329).
— tutelae II 300 e.
— — subsidiaria II 300 (424).
— utilis I 165 (494). 185 (573).
— vectigalis II 245 n.
— venditi II 275 (358).
— vi bonorum raptor. II 277 w.
Actionem impetrare, dare, denegare I 163 (482).
Actiones hostilianae I 77 m.
Actionis editio I 160 k. 184 b.
Actores I 156 (452. 453).
Actus als Servitut II 253 (217).
— legitimi II 204 s.
— quadratus II 223 ee.
— rerum I 158 o.
Addictio bonorum libertatum servandarum causa II 327 l.
— in diem II 276 m.

Addictio iudicis I 154 ii.
Addiction durch den Magistrat als Eigenthumserwerb II 238 (194. 195).
— des Pfands an den Gläubiger II 251 (267).
Addictus II 214 (96).
Ademtio legati II 321 eee.
Adiecta causa I 161 m. 175 ii.
Aditio hereditatis II 312 g.
Adjudication II 275 (363).
— als Theil der Formel I 166 (498). 167 (503). 175 (538).
— des Eigenthums I 175 z. II 238 (202).
— von Servituten II 256 p.
Adiudicatus II 214 (96).
Adiutor I 127 (351).
Administration des Vormunds II 297 (416). 300.
Adnotatio I 185 a. E.
— principis I 131 k.
— testium II 306 h.
Adoptio II 283 (388).
— ex tribus maribus II 283 p.
— minus plena II 283 (389).
Adoption des Sclaven II 213 q.
Adoptivverwandtschaft II 195 (15). 288 k.
Adpromissor II 264 m.
Adquisitio per universitatem II 238, 5. 303. 327.
Adscripticii II 214 (97).
Adstipulator I 156 c. II 264 f. 277 z.
*Adventicia II 282 (386).
Adversaria II 274 (356).
Advocaten I 155 (449). 193 (570).
Aedes II 223 d.
Aedilen I 57 (122). 88 t. in den Municipien I 92 (233).
Aedilicisches Edict I 81 f. 114 i. II 275 (359).
Aelius Gallus I 97 u.
— Paetus, Publ. I 76 (173).
— —, Sextus Catus I 76 (173). 77 h.
Aemilianus Imp. I 86 (213).
Aequitas I 73 (165). 85 (209). praetoria I 170 (516).
Aerarii I 60 (128).
Aerarium I 60 k. 68 (149). 88 (218). 122 (340). II 191 (7). 326 (484). 327 e.
— militare I 88 f.
Aes I 40 e.
— equestre, hordearium, militare I 51 g. 162 (479).
— malacitanum I 108 b.
— salpensanum I 108 b.
— uxorium I 107 b.
Aes et Libra Solennität II 238 p. 269 t. 273 b. 280 a. 285 f. 306 (436).
*Aestimatio taxationis, venditionis gratia II 292 (410).
Aestimation I 165 t. u. 172 l. 174 (535). 179 u. II 232 (170). 260 (307).
Affectio maritalis II 287 (396). 189 a. c.
Affectionsinteresse II 258 c. 260 i.
Affinität II 196. 288 l.
Affirmatores II 300 (424).
Africanus, Sextus Caecilius I 99 (261).
Ager II 223 d.
— arcifinius II 223 gg. 242 (227).
— assignatus I 43 e. II 223 (134). 238 (195).
— comprivatus I 40 b.
— desertus II 241 r.
— limitatus I 43 e. II 223 cc. 242 ee.
— occupatorius II 223 c.
— privatus I 43 (88). II 223 (134). 235 (181). in den Provinzen I 68 e. 69 (152).
— publicus I 40 (77). 57. II 227. 235. (180). dessen Uebergang in Privatbesitz I 43 (88). II 223 (134). 235 (181). 238 (195). Gesetze über dessen Vertheilung I 72.
— — in den Provinzen I 68 (150).
— quaestorius II 223 cc. 238 (195).
— stipendiarius I 68 g.
— vectigalis II 245. in den Provinzen I 68 g. II 245 d.
Agere als Beruf d. Juristen I 76 (174).
— cum compensatione, vom argentarius gesagt II 280 q.
— in solidum I 166 m.
Agnatio postumi II 311 (444).
Agnation II 194. 195 (17).
Agnatische Geschlechtstutel II 302.
Agnatisches Erbrecht II 304. 317, 2.
Agnition der bonorum possessio II 316 (469).
Agrarische Unruhen I 72.
Agricolae II 214 (97).
Agrimensoren II 234 (176). deren Sammlungen I 104 (285).
Alarich I 137 (384).
Album I 81 e.
— decurionum I 58 d. 91 d. 154 (445).
— iudicum selectorum I 71 (158). 88 (222). 154 (445).
Alea II 275 f.
Alexander (Severus) Imp. I 86 (213).
Alfenus Varus I 97 (250).
Alienatio II 205 (50).
— in fraudem creditorum I 179 ee. II 246 e.
— in fraudem patroni II 319 w.
Alimentationspflicht II 295.
Allectio I 95 g.
Alluvio II 242 y.
Alter der Pfandrechte II 250 (259 ff.).
Altercatio I 174 (532).
Altius tollendi vel non tollendi servitus II 253 (279).
Alveus derelictus II 242 dd.
Ambitus II 231 o.
— als Verbrechen I 71 f.
Amici principis I 112 f.

Anacatharſis d. Baſilius I 141 (403).
Anastasius Imp. I 120 (335).
Anatocismus II 261 (315).
Anatolius I 139 (393).
Ancus Marcius I 38 a. 43 c.
Anianus I 137 b.
Animus als Element des Beſitzes II 226. 228. (149. 151). 230 (159).
— domini, possidendi II 226 a. b. 229 (155).
Annalen der Pontifices I 36.
Anniculus II 218 (109).
Annona I 89 m.
Annua functio II 214 m.
Annua legata II 259 w. x.
Annulus pronubus II 289 k.
Annus civilis u. naturalis II 199 h.
Anſtellung der Klage I 160. 184. 208 hh.
Anteceſſoren I 139 (393).
Antestari I 160 c. II 238 m.
Anthemius Imp. I 120 (335).
Anthianus, Furius I 100 (267).
Antichreſis II 248 l. 272 t.
Antinomie I 20 (29).
Antipapian I 139 y.
Anwendung des Rechts I 17 (25). 25 (39).
Apoſtaten II 216 w.
Apostoli I 181 y. 187 (578).
Appellabilität I 181 (565). 187 (578).
Appellatio more consultationis I 187 e.
Appellation I 181. 187. gegen Decrete I 180 (562).
Appellationsſumme I 181 s. 187 i.
Appius Claudius Caecus I 60 (126. 130). 76 (173). 77 g.
— — Decemvir I 76 (173). 162 l.
Applicatio I 83 s. II 296 a.
Apprehenſion II 228 (148).
Aqua pluvia II 231 t.
Aquae ductus, aquae haustus II 253 (276). 254 b.
Aquila, Iulius I 100 (266).
Aquilius Gallus I 97 h.
Ara maxima I 40 i.
Aratores I 68 (151).
Arbitri I 154 (440. 443) 166 t. 176 n.
Arbitria I 154 (441. 443). 165 (492). 166 (500). 170 (518). 172 k. l. 179 (555). 185 (573).
Arbitrium der Schiedsrichter II 258 i.
— liti aestimandae I 154 e. 162 f. 166 r. 173 d. 179 t. II 277 z.
Arca publica I 88 g.
Arcadius Imp. I 120 (335).
Area II 223 d.
Argentarii II 269 oo. 274 (357). 276 d. 280 (378).
Aristo T. I 99 p.
Arrabo II 272 s.
Arrha II 275 h.
Arrha sponsalicia II 289 k.
Arrogatio II 283 (389).
Articuli I 186 (576).
As u. ſeine Vertheilung II 314 (456).
Assertor I 156 d. 162 (477). II 221 (125).
Assessores I 123 (345). 158 (461).
Assiduus I 48 i.
Assignatio liberti II 304 ll.
Aſſignation des ager publicus I 43 e. 72 i. II 223 (135). 238 (195).
Athanasius I 141 c.
Atilicinus I 99 (258).
Atilius P. I 76 (174).
Auctio II 238 e.
Auctor II 198 (22).
— legis I 74 (166).
— secundus II 238 q.
Auctoratus II 214 (96).
Auctores iuris I 103 (276). 116 m. 117 b. 134 (368).
Auctoritas II 239 b. 240 i. 275 l. 285 g. 289 d.
— prudentium I 76. 116. 117. 134.
— rerum iudicatarum als Rechtsquelle I 73 (165).
— senatus I 41 n. 51 (102). 59. 75 (169). bei Magiſtratswahlen I 59 (124). 87 (215).
— tutoris II 202 (35). 297 (416). 302 c. g.
Auditores I 77 (180). 103 (275).
Auditorium principis I 112 i. 122 c.
Aufhebung der Einreden durch Zeitablauf II 208 y.
— der Fideicommiſſe II 322, 5.
— der juriſtiſchen Perſonen II 192 (11).
— der Klagen II 208 (64).
— der Legate II 321.
— der Obligationen II 279.
— der Rechte II 198 (23). durch Zeitablauf II 199 (25).
— der Rechtsſätze I 20.
— der Servituten II 257.
— der väterlichen Gewalt II 284.
— des Pfandnexus II 251 (265).
Aufhören der Sclaverei II 213.
Aufidius Namusa I 97 (249).
Auflöſung der Ehe II 290.
Auguren I 79 d.
Augustus I 86 (212) deſſen Geſetzgebung I 107.
Augustus als Titel I 86 (214).
Aulus Agerius I 164 a.
Aurelianus Imp. I 86 (213).
Auspfändung I 179 gg. 188 (581). II 248 a.
Auſpicien I 79.
Außereheliche Geſchlechtsverbindungen II 287 (396).
— Kinder II 195 (15).
Außerordentliche Erſitzung II 240 (214).
Ausſetzung der Kinder II 282 c. 284 e.
Ausübung der Servituten II 253 (275).
*Authentica si qua mulier II 265 u.
*Authenticum I 147 (414).

*Authentiken I 146 (413). 147 (414).
Authentische Interpretation I 129 c. 131 (365).
Auxilium divisionis II 264 (325). 265 b.

B.

Balbinus Imp. I 86 (213).
Bantinische Tafel I 64 g. 71 e. 79 x.
Barbaren II 218 n.
Basiliken I 141 (406). deren Werth für die Gegenwart I 142.
Basilius Macedo Imp. I 141 (403).
Bauvorschriften II 231 (164).
Beamte I 25 (39).
— unter den Kaisern I 121 (337). 122—127. deren Ernennung I 128.
Bedingungen II 204 (44).
— bei Erbeinsetzungen II 308 (438). 320 b.
Beerdigung auf fremdem Boden II 231 l.
Beglaubigung von Urkunden I 174 (533).
Begräbnißplätze II 223 (132). 231 k. ee.
Begräbnißvereine II 191 l.
Beneficia I 31 (52).
— der Bürgen II 264 (325).
*Beneficium competentiae II 292 ff. kk.
*— inventarii II 314 m.
*— separationis I 179 aa.
Berechnung eines Zeitraums II 199 (27).
Berytus I 139 (397).
Beschränkungen der Freilassungen II 213 (91—94).
— der Handlungsfähigkeit II 202 (34).
— der Legate II 321, IV.
— der Rechtsfähigkeit der alieno iuri subiecti II 219 (113—116).
— der Rechtlosigkeit der Sclaven II 212 (83).
— des Eigenthums II 231 (163). an Sclaven II 212 (83). durch iura in re II 243.
Besitz II 224. Möglichkeit II 229. Schutz II 225.
— an Theilen II 229 (154).
— Mehrerer an derselben Sache II 229 (154).
— von Rechten II 230.
Besitzerwerb II 228 (148). 230 (159).
— der Unmündigen II 202 l.
— durch Repräsentanten II 203 (42). 228. (150).
Besitzrecht II 224. 225 (139). 226 (144). dessen historischer Ursprung II 227.
Besitzverlust II 228 (148). 230 (159).
— des Unmündigen II 229 v.
Bestellung der Curatoren II 299 (420).
— der dos II 292 (407).
— — Emphyteuse II 245 z.
— — iura in re II 198 (23).
— — der Richter I 154.
— — Servituten II 256 (286. 287).
— — Tutoren II 298.
Betrug II 209 (75).
Betteln II 214 x.
Beute I 40 (76 fl.). II 238 (194. 201). 241 (220).
Beweis I 174. 185 (574).
— der Zahlung II 280 m.
— des Eigenthums II 233 (172). bei der Negatoria II 233 (172).
Beweislast I 161 (474). 174 (535). 185 (574).
— bei der Confessorienklage II 256 g.
— bei der status quaestio II 212 bb. 221 (125).
Beweismittel I 174 (533). 185 (575).
Beweisregeln I 174 (536).
Billigkeit I 9 (12). 85 (209).
Binubus coniux II 290 (402). 308 dd.
Bischöfliche Gerichtsbarkeit I 126.
Bisextum II 199 (26).
Blutsverwandtschaft II 195.
Boëthius I 104 (283).
Bologna I 143 (407).
Bona II 193.
*— adventicia, profecticia II 282 (386).
— castrensia, quasi castrensia II 282 (385).
— damnatorum II 327 s.
— ereptoria II 326 v.
— vacantia II 327 d.
Bona fides I 170 (517). II 239 (208).
Bonae fidei iudicia I 165 (492). 172 (525). 177 (549).
— — possessor II 232 q. x. dessen Fruchterwerb II 242 nn. dessen Klage II 233 (208).
Bonitarisches Eigenthum II 236. an Sclaven II 213 (91). 236 cc. dd.
Bonorum emtor I 179 (558). 188 (581). II 238 (195). 327 (486).
Bonorum possessio II 316. im Justinianischen Recht II 320.
— — contra suos non naturales II 317 c.
— — contra tabulas II 319. 320 a.
— — cum re II 316 dd.
— — decretalis II 316 x.
— — ex edicto Carboniano II 316 y.
— — ex edicto de coniungendis cum emancipato liberis eius II 317 b.
— — extraordinaria II 316 cc.
— — intestati II 317. 320.
— — litis ordinandae gratia II 316 (460).
*— — necessaria II 316 e.
— — ordinaria II 316 (460).
— — patronus patrona II 317 v.
— — secundum tabulas II 318. 320. des bedingt eingesetzten Erben II 320 b.
— — sine re II 316 dd.
— — tum quem ex familia II 317 t.
— — unde cognati manumissoris II 317 y.
— — unde decem personae II 317 m.
— — unde legitimi II 317 i.

Bonorum possessio unde liberi II 317 a.
— — unde vir et uxor II 317 x.
— — utilis II 316 e.
— possessor, deſſen Klagen II 316 (458). deſſen Verhältniß zum heres II 316 (461).
— proscriptio I 179 y.
— publicatio I 179 y.
— sectio I 179 y.
— venditio I 179 (558). 188 (581). II 238 (195). 327 (487).
*Brevi manu traditio II 228 e. cc.
Breviarium Alaricianum I 104 (290. 292). 137 (384. 386).
Brutus, M. Iunius I 76 (174).
Bündniſſe mit anderen Völkern I 62 (136). 83 (203).
Bürgſchaft II 263 a. E. 264 folg.
Burgunder, deren Rechtsſammlung I 104 a. E. 137 (385).
Byzantiniſche Bearbeitungen des Römiſchen Rechts I 141. deren Bearbeitung für die Gegenwart I 142.

C.

Caduca II 326.
Caesar als Titel I 86 (214).
—, Iulius I 86 (212). 107 a.
Caelebs, deſſen Erbunfähigkeit II 313 (451).
Caligula Imp. I 86 (212).
Callistratus I 100 (267).
Calumnia I 157 (458).
Candidatus principis I 88 y.
Canon II 245 (240).
Capital II 261 (311).
Capitatio I 122 (340).
Capite censi I 48 c. m.
Capitis deminutio II 220.
— — als Aufhebungsgrund der Obligationen II 280 (81).
— — als Aufhebungsgrund der Servituten II 257 l.
— — des Paterfamilias II 284 (390).
Capito, C. Ateius I 98.
Captatoriſche Diſpoſitionen II 308 l.
Caput II 210 (80). 220 (117).
— als Steuerhufe I 122 (340).
— civis I 41 (82). 48 (98). 51 (101). 56 b. 153 (439).
Caracalla Imp. I 86 (213). deſſen Conſtitution über Ertheilung des Bürgerrechts I 95. II 218 (111).
Cardo II 223 (134).
Carinus Imp. I 86 (213).
Carus Imp. I 86 (213).
Cascellius, Aulus I 97 (251).
Caſſianer I 98 (255). 99 (257).
Cassius Longinus, C. I 99 (257).
Castella I 65 (145).
Caſualbedingung II 204 (46).
Cataſter I 122 (341).
Cato, M. Porcius Censorius und deſſen Sohn I 76 (174).
Catoniſche Zeitrechnung I 36 n.
Causa cadere I 167 (504).
— liberalis II 221 (126).
— obligationis II 271.
— maior u. minor I 171 (520 u. 521).
— Mancini II 220 m.
— perpetua bei Realſervituten II 254.
— possessionis II 226 (145).
— rei II 232 (168).
Causae cognitio I 79 r. 158 g. 176.
— coniectio I 161 (472). 172 t. 174 gg.
— probatio II 218 (109). 283 (387). bei Freilaſſungen II 213 (92).
Causidicus I 155 (449).
Cautio II 274 (356).
— damni infecti II 213 (164).
— de rato I 156 v. dd.
— iudicatum solvi I 156 r. y. kk. oo. 157 b. d. 160 p. 179 d. w. ii. II 232 i. 314 s. v. 320 b.
— iudicio sisti I 160 (466. 467). 174 ff. 184 (571).
— rei uxoriae II 292 (409).
— usufructuaria II 255 (285).
Cautionsleiſtung des Vormunds II 300 (423).
Cautionen I 157. 168 i. der Stellvertreter im Proceſſe I 156.
Cavere als Geſchäft der Juriſten I 76 (174).
Chronologie der Pontifices I 36 (69).
Celeres I 41 d. 46 (92). 47 h.
Celsus, P. Iuventius I 99 (258).
Cenaculum II 230 i.
Censiti II 214 (97).
Cenſoren I 56 (117). 88 (220). II 216 (103). in den Municipien I 91 (230).
Censu manumissio II 213 l.
Censui censendo I 48 f. II 193.
Census I 48 (95). 51 (103). 56 (117). 61 (135).
— equester I 61 u.
— lustralis II 213 (88).
Centesimae usurae II 261 e. t. x. y.
Centumviri I 49. 153.
Centumvirales, causae I 153 (439). h. w. 171 d.
Centuria ni quis scivit I 48 o.
— praerogativa u. iure vocata I 74 d.
Centuriatcomitien I 48 (97). 51 (101). 56 b. 59. 61. 74 (167). 87 (215).
Centuriatus ager II 223 ee.
Centurien bei dem Heere I 41 e. 46 (92). 43 (96).
— bei der Limitation II 223 (134).
— für die Volksverſammlungen I 48 (97). deren Verbindung mit den Tribus I 61.
Certum, incertum als Gegenſtand der Intentio I 165 (485 u. 487). als Gegenſtand einer Obligatio II 259.
Cessio bonorum I 179 (558). 188 (582).

Cessio in iure ſ. in iure cessio.
Ceſſion der Forderungen II 267.
Charisius, Aurelius Arcadius I 100 (270).
Chirographum II 274 (356).
Chriſtenthum, deſſen Einfluß auf das Recht I 129 (354).
Cicero's Urtheil über die Juriſten ſeiner Zeit I 76 (175). 77 a. b. d. q. 78 d.
Cincius, L. Alimentus I 76 (174).
Citation durch den praeco I 174 q.
Citirgeſetz I 134 (370).
Civilproceß I 25 (39). 149. der Römer I 150. in der vierten Periode I 182.
Civis optimo iure I 60 (126).
Civitas II 216. 218 (108 folg). deren Erlangung II 218. deren Verleihung an die italiſchen Städte I 64. 65. (144). deren Verleihung durch Caracalla I 95. deren Verluſt II 220 (120). im Gegenſatz zum ius quiritium II 218 b. im Juſtinianiſchen Recht II 218 (111).
Civitas immunis et libera I 69. 94 b.
Clarigatio I 83 a.
Clarissimi I 121 (338). 128 (351).
Claſſen der Inteſtaterbfolge II 304. 305. 317.
Claſſen der Römiſchen Bürger I 48. 61.
Classici I 48 a. II 308 s.
Claſſification der Rechte I 30.
Classis procincta I 48 h.
Claudius Caesar Imp. I 86 (212).
— M. Aurelius Imp. I 86 (213).
Clausula novissima II 232 i.
— praetoris generalis II 209 n.
Clienten I 42. 44. (89). II 296 (413).
Codex Gregorianus I 135.
— Hermogenianus I 135.
— Justinianeus I 139 (390).
— — repetitae praelectionis I 140 (398). Handſchriften und Ausgaben I 146.
— Theodosianus I 126 c. 136.
Codices accepti et expensi II 274 (356).
Codicillarclauſel II 311 q. 321 hh.
Codicilli II 321 ll. 322 k. 323 c.
— dignitatis I 128 (352).
Coëmtio II 285 f. 287 (145).
— cum extraneo fiduciae causa II 285 l. 302 m.
Cognatio civilis u. naturalis II 195 r.
*— spiritualis II 288 p.
Cognation II 195.
Cognitionen im Juſtinianiſchen Proceß I 185.
Cognitiones extraordinariae I 150 (427). 176. 182.
Cognitor I 156 (452. 455).
Cohortales I 127 (351).
Collatio II 317 (464).
Collatio legum Mosaicarum et Romanarum I 104 (285).
Collegia II 191. 3. 4. 192 (10).
Colliſion der Pfandrechte II 250 (258).
Colluſion bei Ingenuitätsproceſſen I 175 (540). 221 a. E.
Colonat II 214 (97).
Colonien I 63. 65 (145). 69 (152). 95. II 217 (106).
Comes militum I 125.
— rerum privatarum I 122 (340).
— sacrarum largitionum I 122 (340).
Comites consistoriani I 122 (340).
— domesticorum equitum et peditum I 122 a.
— principis I 88 aa. 112 f.
Comitia ſ. Centuriat-, Curiat-, Tributcomitien.
— als Senatsverſammlungen I 87 (215). 106 d.
— unter den Principes I 87 (215).
— calata I 41 b. II 306 (435).
Comitiatus maximus I 48 (97). 56 b.
Comitium als Theil des forum I 158 (461).
Commentariensis I 127 (351).
Commentarienverbot I 139 (392).
Commentarii I 92 h.
Commercium II 197. 217 (104). der latiniſchen Colonien I 63 (140). II 217 (106). in Bezug auf Sachen II 223 k.
Commissum in Zollſachen II 238 hh.
*Commixtio II 242 h.
Commodat II 272 l.
Commodus Imp. I 86 (213).
Commonitio I 184 (571).
Commonitorium vor dem Breviarium I 137 b.
*Communio incidens II 275 (363).
Compenſation II 280 (378).
Comperendinatio I 154 a. 160 l.
Competenz des Gerichts I 152.
Compilation der Pandekten I 139 (391).
*Computatio civilis u. naturalis II 199 (28).
Conceptis verbis agere I 163 (481).
Conciliabula I 65 (145).
Concludente Handlungen II 202 bb.
Concubinat II 287 (396).
Concubinenkinder II 195 (15). 283 (387). 287 (397). 308 cc.
Concursverfahren I 179 (556). 188 (581).
Condemnatio I 172 (525). als Theil der Formel I 166. 167 q. 175 (538).
— infinita u. cum taxatione I 166 (499).
— in metallum, opus metalli II 220 bb.
— in quantum facere potest II 292 ff. kk.
Condemnatoriſche Sentenz I 177 e aa. 179 b. (580). 186 (576).
Condicio mixta II 204 m.
— pendet, existit, deficit II 204 (46).
Condiciones turpes II 204 (48). 308 g.
Condictio als legis actio I 162 (475). im ſpäteren Recht I 165 (489). II 270 (346).
— causa data, causa non secuta II 272 w.
— certi I 165 (490. 493).

Condictio ex lege II 272 bb.
— ex mutuo II 272 (350).
— ex stipulatu II 273 (356).
— furtiva I 165 m. II 272 dd.
— incerti I 165 (490).
— indebiti I 157 f. II 268 p. 272 z.
— ob iniustam causam II 272 aa.
— ob turpem causam II 272 y.
— si certum petatur I 165 gg.
— sine causa II 272 cc.
— triticaria I 165 (490).
*Condominium II 232 (166).
Confarreatio II 285 (392). 287 (396).
Confectio gestorum I 123 g.
Confessio in iure I 173 a. 185 (573). II. 269 r. in iudicio I 174 s.
Confiscatio I 88 (219). II 327 s.
*Confusio II 242 h.
Confuſion II 314 d.
— bei Obligationen II 280 (381).
— bei Servituten II 257 e.
— beim Pfandrecht II 251 hh.
Connubium I 197. 217 (104. 105) II 287 (395). 288 (397). zwiſchen Patriciern u. Plebejern I 44 (88). 56 (116).
Consanguinei II 194 (13). 195 b.
Conscripti I 51 (101). 58.
Conſens des Curator II 202 aa. 299 (422).
Conſenſualcontracte II 275.
Consilia des Centumviralgerichts I 153 (437).
Consilium amicorum I 41 (83).
Consilium bei Freilaſſungen I 154 w. II 213 (92).
— principis I 112 b. 122 (339).
Consistorium principis I 122 b.
*Consolidatio II 257 e.
Consponsio bei den alten Sponſalien II 289 f.
Constans Imp. I 120 (334).
Conſtantinopel I 124
Constantinus I Magnus Imp. I 120 (334).
— II Imp. I 120 (334).
Constantius Imp. I 120 (334).
Constantius Chlorus Imp. I 120 (334).
Constitutio dotis II 292 b. (407).
Constitutio Rutiliana II 239 (208).
Constitutionarii I 136 e.
Constitutiones personales I 111 (307).
— principum I 109. 131 (360). Arten I 110. 111. Einwirkung auf das Recht I 113. Geſetzeskraft I 109. 111 (306). 131 (361). Ueberlieferung I 112 (312).
Constitutum II 269 (345). 276 c.
*— debiti alieni II 265 (325). 276 (365).
*— possessorium II 228 cc. 241 c.
Consuetudo I 16. 105 (293).
Consulares viri I 88 (219).
Consularis als Beamter in Italien I 92 l. in den Provinzen I 123 (342).
Conſulat I 48 q. t. 51 (101). 53 a. E. 56 g. der Plebejer I 56 i. 57 b. l. unter den Kaiſern I 88 (219). 124 a.
Consules honorarii I 124 (348).
— suffecti I 88 (219).
Consultatio ante sententiam I 111 (305). 131 r. w. 178 (550). 186 f. g.
Cousultatio post sententiam I. 131 s. 187 e.
— veteris ICti I 104 (286).
Consumtio existimationis II 216 b.
Conſumtion des Klagrechts I 172 (524). 175 (539). 186 (577).
Contractus II 271.
*— aestimatorius I 165 kkk. II 272 (352).
— pigneraticius II 248 (249). 272 s.
Contradictio I 185 (572).
Contrarium iudicium I 157 (460).
Contravindicatio I 161 (472). 173 p.
Controverſen der Römiſchen Juriſten I 98. 134.
Controversia de fine, de loco II 234 (177).
Contubernium II 287 (396).
Contumacia in iudicio I 174 (535). in iure I 160.
— in der vierten Periode I 185 (575). 186 (577).
Contumelia II 277 ee.
Contutores II 300 (422).
Convaleſcenz der Schenkungen II 206 ll.
Conventio II 271. im Proceß I 184 (571).
— uxoris in manum mariti II 220 qq. 285.
Conventionalſtrafe II 269 (339).
Conventus in den Provinzen I 67 f. 158 (464). 184 c.
— civium Romanorum I 67 (148).
Convicium II 277 gg.
Cornicularius I 127 (351).
Corporationen II 191 (7). 192 (10).
Corpus als Element des Beſitzes II 226 (142). 228 (148. 149). 230 (159).
Corpus ex cohaerentibus, ex distantibus corporibus II 222 i.
— iuris civilis I 148.
Correalobligation II 263.
Correctores I 123 (342).
Coruncanius, Tiberius I 76 (173).
Cratinus I 139 (393).
Creatio decurionum I 91 (229).
Credere II 270.
Cretio II 312 (448).
Crimen II 277 (367).
Criminalgerichte I 41 (83). 71 (157).
Criminalproceß I 25 (41). 41 (83). 71 (157).
Crypta II 230 i.
Culpa II 278. bei Delicten II 277 (366).
Cultur mit der Folge des Eigenthumserwerbs II 241 r.
Cura II 297. 299.
— bonorum, personarum II 297 p.

Curator bonorum I 179 ee. 188 (581).
— municipalis I 91 (230).
— reipublicae I 123 n.
Curatores alvei Tiberis, aquarum, cloacarum, frumenti populo dividundi, operum publicorum I 88 a.
Curatores tribuum I 162 u.
Curia als Senat in den Municipien I 91 (228). 123. II 191 e. deren Theilnahme an der städtischen Jurisdiction I 123 (344).
Curialen II 192 (10).
Curiatcomitien I 41 a. 51 (102). 59 (123).
Curien I 39 (75).
Cursus publicus I 128 d.
Custos urbis I 41 (81). 56 q.

D.

Damnatio memoriae I 87 (217).
Damnationslegat II 321 n.
Damnatus debitor I 162 i. m. 173 u. 179 (551). II 269 (342). 273 c. 321 q. r.
Damnum decidere I 165 w. aa. II 277 k.
*Damnum emergens II 260 (309).
— infectum II 231 (164).
— iniuria datum II 277 (369).
Dare als Gegenstand einer Forderung I 165 (486). II 259 (303).
— iudicium, formulam, actionem I 163 (482). 172 (523).
Darlehn II 272 d.
Datio dotis II 292 (407).
*Datio in solutum II 280 i.
Datio tutoris I 151 k. II 298 (418).
Dauer der Einreden II 208 y.
— der Klagen II 208 (65 ff.).
— der Processe I 159. 185 (575).
Decem primi senatus I 41 (81).
Decemviri legibus scribundis I 54 (109). 56 (115).
— litibus iudicandis I 49. 153.
— sacrorum I 57 (120).
Decima collatio I 148 (417).
Decima hereditatum II 313 ii.
Decimae der Ehegatten II 313 bb.
Decisionen Justinian's I 140 (398).
Decius Imp. I 86 (213).
Decret bei Veräußerung von Mündelgeldern II 300 o. und bei Annahme von Zahlungen II 300 q.
Decreta magistratuum I 79 r. 176 (544). deren Vollstreckung I 179 (560).
— principum I 111. 131 (360). 176 a. E. 178 (549).
Decretum ordinis I 91 (228).
Decretum im Interdictenproceß I 169 (508).
Decumae I 68 k.
Decumani II 223 dd.
Decuriae als Theile der Curien I 39 a. als Vereine II 191 g.
Decuriae iudicum, ducenariorum I 88. (222).
Decurionen I 65 (144). 91. 123. 154 ll. II 191 e. 327 h. in den Provinzen I 94 (237).
Dediticii II 213 (95). 217 (105). 218 l. deren Beerbung II 304 hh.
Dedition an die Feinde II 220 m.
Deductio des bonorum emtor II 280 q. r.
— in domum II 289 (400).
— in iudicium I 167 (505). 171 (520). 172 (523). 175 (541). bei der Proceßführung durch Stellvertreter I 156 (453 f.).
— quae moribus fit I 161 (473).
— servitutum I 156 n.
Defensor I 156 t. aa. rr. 160 (467).
— als städtischer Beamter I 123 c.
Definitivae sententiae I 186 (576).
Defraudator II 280 q.
Delation der bonorum possessio II 316 m.
— der hereditas II 303. 313 (449).
Delation der tutela impuberum II 298.
Delegation II 267 (331). 280 (380).
Deliberationsfrist II 312 (448). 314 g.
Delicte II 277.
— der Haussöhne II 277 ccc.
— der Sclaven II 212 s. 262 (316). 277 (372).
Delictsklagen I 165 (489). 167 (503).
Demonstratio als Theil der Formel I 164. 165 (495). 167 (502. 505).
Denegatio actionis I 163 (482).
Denuntiatio I 154 a. 162 b. bei Contumaz I 174 hh. beim Pfandverkauf II 247 i. 251 kk. wegen evocatio I 176 k.
— litis I 160 r. 184.
— testimonii I 174 (534).
Deportatio in insulam II 220 hh.
Deposition der Leistung II 280 l.
— der Vormundschaft II 298 (420).
Depositum II 272 o.
Dereliction II 241 p.
— der Emphyteuse II 245 bb.
— des Nießbrauchs II 257 r.
Derivativer Erwerb II 198 (22).
Derogare I 74 i.
Descriptum et recognitum I 174 o.
Designatio I 165 f.
Designatio rei, de qua agitur I 165 zz. 167.
Desuetudo I 20.
Detention II 226 (144).
Dica scripta I 158 (464). 184 c.
Dictator I 51 (102); municipalis I 92 (233).
Dictio dotis II 273 (354). 292 g.
— als unförmliches Verlöbniß II 289 f.
Diebstahl II 277, 1. unter Ehegatten II 294.
Dies II 204 (45). bei Erbeinsetzungen II 308 e.
— cedit, venit II 204 c. 321 vv.
— civilis II 199 kk.

Dies comitialis, fastus, festus, intercisus, nefastus, profestus I 158 (462).
— feriatus I 159 s.
— incertus II 204 l.
— intercalaris II 199 (26).
— iuridicus I 158 (463). 183 (570).
— ultimus coeptus habetur pro completo II 199 s.
Diffarreatio II 285 i. 291 (403).
Digeſten I 104 D. 12. Compilation und Ordnung I 139 (391). Handſchriften und Ausgaben I 145.
Digeſtenwerke claſſiſcher Juriſten I 99 q.
*Digestum novum, vetus I 145 e. 148 (417).
Dignitates I 121 (338). 128. II 284 c.
— civiles I 123.
— honorariae I 128 (352).
— militares I 125. 127 (353).
— palatinae I 122.
Dilatio I 174 (537).
— instrumentorum causa I 185 (575).
Diligentia II 278 (375).
Dingliche Klagen I 30 (51). ſ. actio in rem.
Dingliche Rechte II 243 d.
Diocletianus Imp. I 86 (214). 119.
Diöceſen I 123 (343).
Dioecesis urbica I 152 (431). II 298 u.
Directio I 136 e.
Dispenſationsgewalt des Senats I 75 (171).
Dispositio I 121 e.
Disputatio fori I 76 l.
Distractio bonorum I 188 (581).
— pignoris II 251 kk.
Divi fratres I 86 (213).
Divortium II 291.
Divus I 87 (216).
— Antoninus I 86 (213).
— Pius I 86 (212).
Documenta I 174 d.
Doli clausula II 232 i. 314 s. v. 320 b.
Dolus II 277 (366). 278 (374). als Reſtitutionsgrund II 200 (76).
Domicilium I 152 (432).
Dominium II 231. 235.
*— bonitarium, quiritarium II 236.
*— directum, utile II 243 e.
*— litis des Stellvertreters im Proceß I 156 (456).
Domitianus Imp. I 86 (212).
Domus II 244 e.
Donatio II 205 ff.
Donatio inter virum et uxorem II 294.
— inter vivos II 205 (53).
— mortis causa II 205 (53). 325.
— perfecta, imperfecta II 206 (55).
— propter nuptias II 293.
*—remuneratoria II 205 i.
— sub modo II 205 n.
Dorotheus I 139 (393).
Dos II 292.
Dos adventicia, profecticia, recepticia II 292 b. v. x.
— aestimata II 292 bb.
— praelegata II 292 b.
Doſitheaniſches Fragment I 104 (289).
Dotalklage II 292 (409).
Dotationspflicht II 292 (407).
Dotis collatio II 317 g.
Drohung II 209 (75).
Duces I 125.
Ductionsrecht des Gläubigers I 179 i. II 369 y. ee.
Duplae stipulatio II 275 l.
Duplex iudicium I 153 (437). 175 (538).
— substitutio II 309 e.
Duplicatio I 170 ee.
Duplicia iudicia I 175 d.
Dupondii I 139 (397).
Duumviri in den Municipien, iuri dicundo I 65 (144). 91 (230). 95 (242). 123 a. E.
— perduellionis I 41 p.
— sacrorum I 57 (120).
— viarum I 79 (186).

E.

Ea res agatur I 164 (483). 171 (520).
Ecloga der Baſiliken I 141 i. des Leo I 141 (404).
Edicta magistratuum I 81. 114. deren Kraft für andere Magiſtrate I 82 (199). 115. Reform unter Hadrian I 114 (319). brevia I 114 q. nova I 81 m. 114 d. perpetua I 81 (197). 114 (318). perpetuae iurisdictionis causa I 81 l. 114 m. prout res incidit I 81 l. provincialia I 81 (195). repentina I 81 k. tralaticia I 81 o. urbana I 81 (195).
Edictales I 139 (397).
Edicte der Imperatoren I 110 (303). 131 (360).
— der Präfecti Prätorio I 131 c. 147 (415).
— der Provincialvorſteher I 67 (148). 99 ff. 114 (316).
— des Turcius Apronianus I 131 c.
— Juſtinian's I 147 (415).
Edictum Athalarici I 137 l. Constantini de accusationibus I 132 d. Carbonianum II 316 y. de alterutro II 292 ee. de coniungendis cum emancipato liberis eius II 317 b. des Präfecten Tiberius Iulius Alexander I 93 w. D. Augusti II 310 i. D. Hadriani II 314 z. D. Traiani II 326 q. Diocletiani de pretiis I 122 m. peremtorium I 176 m. perpetuum ſeit Hadrian I 114 (319). 115 a. e. f. quod quisque iuris I 115 (321). successorium II 316 o. kk. Theoderici I 137 k.
Editio actionis I 160 k. 184 (571).
Egregiatus I 121 d.

Ehe II 287. deren Auflösung II 290 fl. Eingehung II 289.
— ex lege Aelia Sentia II 213 xx. 217 (105). 218 (109).
Ehebeförderungsgesetze unter August I 107 (297).
Ehebruch II 288 dd. 289 d. 291 s.
Ehegatten, deren Intestaterbrecht II 304 (431). 317 x. Successionsfähigkeit II 313 bb.
Ehehindernisse II 288.
Ehescheidung II 291.
Ehre II 216 (100).
Ehrenminderung II 216 (101).
Eid I 174 (535). 185 (575). der Magistrate I 79 x. in iure I 173 (529).
Eieratio I 154 ff.
Eigenthum I 23 (33). II 207 (62). 231. dessen Geschichte II 235 ff. in der ältesten Zeit I 40. 43 (88).
— an Dotalsachen II 292 l.
— an Provinzialgrundstücken I 68 (150). 69 (152). II 235 (182). 236 nn.
— an Sclaven II 212 (83).
— der Peregrinen II 235 (182). 236 (192).
Eigenthumsbeschränkungen II 231 (163).
Eigenthumserwerb durch Legat II 321 (472).
— durch Zahlung der Litis Aestimation II 232 t. 241 (219).
Eigenthumserwerbsarten aus dem Jus civile II 236 (184). 237. 238—240. aus dem Jus Gentium II 236 (184). 237. 241 fl.
Eigenthumsklagen II 232 fl. 236 (190).
Eigenthumsproceß I 161 (471). 168 (506). II 232 m.
Eigenthumsübergang beim Kaufe II 241 f.
Einfluß der Familienverhältnisse auf die Rechtsfähigkeit II 219.
Eingehung der Ehe II 289.
Einleitung des Processes I 160. 176 k. 184.
Einreden I 29 (47). 80 (193). 170 fl. 185 (573). II 268 b. 279. deren Dauer II 208 (68. 70). gegen die actio iudicati I 170 x. 179 c.
Eintritt in die Stelle eines andern Pfandgläubigers II 250 ee. gg. 251 ii.
Elagabalus Imp. I. 86 (212).
Elterliches Recht II 295.
Emancipatio II 284 g.
*Emblemata Triboniani I 104 (288).
Emphyteusis II 245.
Emphyteutischer Vertrag II 245 z. 275 t.
Emtio spei und *rei speratae II 275 f. sub corona II 138 c.
Enchiridion Pomponii I 97 c.
Endigung der Cura II 299 (421).
— der locatio conductio II 275 (361).
— der Rechte II 198.
— der Societät II 275 (362).
— der Tutel II 298 (419).
— der väterlichen Gewalt II 284.
Endtermin bei Obligationen II 280 ii. bei Servituten II 256 n. 257 n.
Enterbung II 310. 319. der Postumi II 310 (443).
Entstehung der Obligationen II 270. durch Stellvertreter II 203 (41).
— der Rechte II 198.
— der Sclaverei II 211. 220 (118).
— der väterlichen Gewalt II 283.
— des Pfandrechts II 250 (253).
— des Rechts I 10.
— des römischen Volks I 36. 38.
Entwendungen unter Ehegatten II 294 (413).
Entwickelung des Rechts I 8. 9.
Epanagoge des Basilius I 141 (403).
Episcopalgerichtsbarkeit I 126.
Epistola D. Hadriani II 264 u.
Epistolae principum I 110 f. g. 111 c.
Epitome Gaii I 104 ss.
— Iuliani I 147 (414).
Equites I 61 u. 70 (154). 71 (158). 88 (335).
Equus publicus I 51 g. 88 (222).
Erbeinsetzung II 308. der Notherben II 310. 319. des eigenen Sclaven II 213 w. ii. 308 n. 312 f. fremder Sclaven II 212 l. 313 b.
Erbittung von Vormündern II 300 (424).
Erbrecht I 24. II 303. 314.
Erbschaft II 191. 7.
Erbschaftsgläubiger I 179 bb. II 314 (454). 316 kk.
Erbschaftsklagen II 314 (455). 316 (457).
Erbschaftsverkauf II 313 (450).
Erbtheile testamentarischer Erben II 314 (456).
Erbtheilung II 314 (456).
Eremodicium I 174 (537). 185 (576).
Ereption II 326 a. E.
Erfüllung der Bedingung II 204 (46).
Erkenntnißmittel des Rechts I 16.
Erlaßvertrag II 280 cc.
Ernennung der Beamten I 128.
Eröffnung der Testamente II 313 (453).
Errichtung der Fideicommisse II 322. 1. 323.
— der Legate II 321 l. 323.
— der Testamente II 306.
Error II 209 (76). iuris et facti II 209 (77).
Erroris causae probatio II 218 (110).
Ersitzung II 239. 240. als Endigungsgrund des Pfandrechts II 251 x. bei der Emphyteusis II 245 (242). bei der Superficies II 244 l. der Sachen Minderjähriger II 239 l. der Servituten II 256 (288. 291).
Erwerb der Civität II 218.
— der Ingenuität II 215.
— der Legate II 321 ll.
— der Libertas II 213.

Erwerb der Rechte II 198 (22). durch Zeitablauf II 199 (24).
— der Servituten II 256.
— des Eigenthums II 237.
— des Erbrechts II 312. Fähigkeit dazu II 313. Wirkung II 314.
— durch Andere II 203.
— durch Hausföhne II 203a. 219 (113. 115). 282 (385).
— durch Sclaven II 203a. 212 (85). 262b. 281 (382).
Erziehung der Mündel II 298ee.
Erzwungener Erbschaftsantritt II 324m.
— Nachlaß II 314f.
*Essentialia negotii II 204 (44).
Etruskisches Element des römischen Volks I 38. 45.
Evectio annalis I 128d.
Eviction II 275l.
Evocari a praetore I 176k.
Evocatio testium I 174 (533).
Exceptio I 29 (47). 80 (193). 170ff. 185 (573). II 208b. 279. deren Dauer II 208. (68. 70). gegen die actio iudicati I 170x. 179c. deren Conception I 170 (513).
— annalis italici contractus II 238q. 240i.
— bonae fidei possessionis II 233a. E.
*— cedendarum actionum II 264 (324). 265 (325).
— cognitoria I 170 (514).
*— compensationis II 280 (378).
— dilatoria I 170 (514).
*— divisionis II 264v. 265b.
— doli I 156 (456). 170 (514. 515. 520). 177 (548). II 209z. 280r.
— domini I 170u. II 233g. l. m. o. 236gg.
*— excussionis personalis und realis II 251s. u.
— in factum II 170 (514).
— in rem I 170n.
— ingratitudinis II 311u.
— iurisiurandi I 173 (531).
— legis cinciae I 170g. dd. II 206ee.
— litis dividuae u. residuae I 167 (505).
*— non adimpleti contractus I 170t. II 262f.
— non numeratae pecuniae II 208y. 274f.
*— non solutae pecuniae II 280n.
— onerandae libertatis causa factorum II 296f.
*— ordinis II 264aa. 265 (325).
— pacti de non petendo I 170 (513). II 279c. 280cc.
— peremtoria perpetua I 170 (514).
— precariae possessionis II 248g.
— procuratoria I 170 (514).
— quod contra legem factum est I 170g.
— quod metus causa I 170m. 177l. o. II 209v.
Exceptio quod praeiudicium non fiat I 171 (520) f. p.
— rei, personae cohaerens I 170o.
— rei in iudicium deductae I 172f. 173h. 175p.
— rei iudicatae I 171h. 172f. 173h. 175 (539) ff.
— rei venditae I 170u. II 236 (530. 536).
— SCti Macedoniani I 170x. II 208kk. 272 (350).
— SCti Velleiani I 170x. II 265 (327).
*— sub- et obreptionis I 178 (550).
— temporalis I 170 (514).
— temporis II 208 (69).
— transactionis I 171i.
— vitiosae possessionis II 225 (130. 140. 142).
Exceptor I 123g.
Excusationes tutorum et curatorum II 301 (425).
Exercitor II 266 (328).
Execution I 179. 188.
Executor des Gerichts I 184 (571).
Exheredatio II 310. 311 (444). 319.
Existimatio II 216 (100).
Expensilatio II 274 (356).
Expressa causa bei der Eigenthumsklage I 175ii.
Expromissio II 280z.
Exquilini I 43b.
Extranea persona II 203 (42).
Extraneus heres II 312 (440).
Extra ordinem I 158w.
Extravaganten I 147 (414).

F.

Facere als Gegenstand einer Forderung I 165 (487). II 259 (304).
Fähigkeit zum Postuliren I 155 (448).
— zum Richteramte I 154 (444).
— zur Freilassung II 213 (92).
— zur Stellvertretung im Proceß I 156 (452).
— zur Vormundschaft II 301.
Falsus tutor II 209dd. 300h.
Familia I 39b. II 194a—d. 238 (198). 306a.
— als Status II 219.
Familiae emtor I 156g. II. 306d. g.
Familias I 39c.
Familie I 24. bei den Römern I 39. 44. II 194. 249.
Familiengericht I 41 (83).
Familienrechte II 197.
Fasten I 77 (178). 158 (462).
Fatalien bei der Appellation I 181 (566). 187 (578).
Faustpfand II 248 (249).
Fenus II 261e. nauticum II 261w. unciarium II 261g.
Feriae I 158 (463). 183 (571).

Ferruminatio II 242 r.
Festuca I 161 m. 213 c.
Fetialen I 83 (202).
Fictio I 80 (192). 165 (493). legis Corneliae II 220 h. 284 b. 311 c.
*Fictus possessor II 231 l. 314 s.
Fideicommissaria hereditas II 324.
— libertas II 213 (89).
— substitutio II 309 h.
Fideicommiſſe II 322. Gleichſtellung mit den Legaten II 323.
Fideiussor II 264 (323). *indemnitatis II 264 aa.
Fidepromissor II 264 (322).
Fiducia I 157 (460). II 272 b. beim Pfand II 247.
Fiduciae causa II 239 (208). 284 (391). 285 l. 302 m.
Fiduciarius II 322 (478). tutor II 298 e. 302 m.
Filiifamilias II 219 (113). 272 (350). 282. 304 (430). 313 (450).
Finden II 241 x.
Fiscus I 88 b. 122 (340). II 191 (7). 208 i. w. 239 yy. 241 i. y. 250 aa. pp. 326 l. w. 327 f. s.
Flamines Diales II 284 c. 287 (395).
Flavius, Cn. I 60 (130). 77 (180).
Florentiniſche Pandektenhandſchrift I 145 (409).
Florentinus I 100 (267).
Florianus Imp. I 86 (213).
Flumen als Servitut II 253 aa. publicum, perenne II 223 z.
Foederatae civitates I 69 (151). 94 b.
Foederati I 62 (136).
Folter I 174 l.
Fora I 65 g. in den Provinzen I 67 f. 158 (464).
Forderung ſ. Obligatio.
— auf den Inhaber II 267 (331).
Forenses I 183 f.
Forensis factio I 60 (129).
Form der Freilaſſung II 213 (89).
— der Rechtsgeſchäfte II 202 (40).
— der Schenkungen II 206 (55). 325.
— der Sentenz I 175 (539).
— der Teſtamente II 306.
Forma provinciae I 66 a.
Formae praefectorum praetorio I 131 c. 147 (415).
Formula I 80 (191). II 163. bei Namensänderung I 164 a. bei Proceßführung durch Stellvertreter I 166 v. fehlerhafte Faſſung I 167 (504). Theile I 164. Zuſammenſetzung I 167. Zuſätze für den Beklagten I 170.
Formula arbitraria I 154 (443). 166. (500).
— censoris I 56 (117).
— certa, incerta I 165 (493).
— in ius, in factum concepta I 165 (494 495).
Formula octaviana II 209 w.
— petitoria I 168 (507). II 232 n. 236 ee.
— praeiudicialis I 167 (504). 175 b. II 221 (125).
Fortbildung des Rechts I 19. durch die Juriſten I 78. 101. durch die kaiſerlichen Conſtitutionen I 113. 129 (357). durch die Magiſtrate I 80—82. 114.
Fortſetzung des Beſitzes II 228 (150).
Forum als Gerichtsſtand I 152. *contractus I 152 r. *domicilii I 152 (432). *gestae administrationis I 152 r. *originis I 152 h. *prorogatum I 152 m. *rei sitae I 152 a. E. solutionis I 152 q.
— bustumve II 239 e.
Fragmenta Vaticana I 104, D. 11. 135. (376).
Fragmente Ulpian's I 104, B. 5.
Fragmentum de iure fisci I 104, A. 3.
— Ulpiani Institutionum I 104, A. 3.
— veteris ICti de iuris speciebus et manumissionibus I 104, E. 13.
Fratres, Divi I 86 (213).
Frauen als Vormünder II 301 a. Bevormundung I 156 (451). II 302. Handlungsfähigkeit II 202 (37). 238 cc. 239 kk. uu. 302 (425). Interceſſionen II 265 (326). Succeſſionsfähigkeit II 304 d. 308 r. Teſtirfähigkeit II 307 f.
Freie Klagen I 165 oo. 166 u.
Freigelaſſene II 215. Beerbung II 304 (432). 317. 319 (469). Bevormundung II 298 c. Pflichten gegen den Patron II 296. Stellung im Staate I 60 (126. 129). 61 (133). Undankbarkeit II 220 (119).
Freiheit als Grundlage des Rechts I 1. rechtliche und moraliſche I 4.
— als Status II 214 ff. Erlangung II 213. Verluſt II 220 (118).
Freilaſſung II 213. 218, 4.
Frucht II 231 (162). 242 (228).
Fruchterwerb der Beſitzer II 242 (229). der Nichtbeſitzer II 241 n. 242 ll.
Früchte der Dos II 292 dd.
Fructus II 242 (228). im Gegenſatze zum usus II 252 (272).
*— civiles II 252 (273).
Fructus extantes, consumti II 232 (169). 242 (229).
*— industriales II 242 rr. tt.
— pendentes, separati, percepti II 231 (162). 242 (234).
*Fructus percipiendi II 232 p. r.
Fructus licitatio I 169 (511).
Frumentum aestimatum, in cellam imperatum I 68 l.
Fundi patrimoniales, rei privatae II 223 w. 245 s. u.
Fundanum municipium I 64 i.
Fundus II 223 (130). fieri I 64 f.

Fungibilität II 259 (303).
Fur manifestus I 162 (477).
Furiosi, deren Bevormundung II 299b. Handlungsunfähigkeit II 202b.
Furtum II 277 (367).
Fustuarium supplicium II 277 oo.

G.

Gaius I 99 (261). dessen Institutionen I 99 (263). 104. A. 1. E. 16 sonstige Schriften I 104r.
— (Cassius) I 99r.
Galba Imp. I 86 (212).
Galerius Imp. I 120 (334).
Gallia cisalpina I 65 (145). 90 (227).
Gallia cispadana und transpadana I 65 (146).
Gallienus Imp. I 86 (213).
Gallus Imp. I 86 (213).
— Aelius I 97 a. E.
— Aquilius I 97 (248).
Geburt als Erforderniß der Persönlichkeit II 210 (79).
— als Grund der Sclaverei II 211.
— als Grund der väterlichen Gewalt II 283 (386).
Gefangenschaft als Grund der Sclaverei II 211 (81). 220 (118).
— des Ehegatten II 290p.
— des Paterfamilias II 284 (390).
Gegenbeweis I 174 (536).
Gegenseitige, einseitige Obligationen II 262 (317).
Gegenstände der Rechte I 30. II 207.
— des Pfandrechts II 250 (253. 254).
— des Ususfructus II 255 (282).
Gegenstand der Obligatio II 258 fl.
— der Rechtswissenschaft I 35.
— des Legats II 321 (474).
Geheimhaltung des Rechts I 77. (177).
Geld bei den alten Römern I 40 (77). Verlust des Eigenthums daran II 242b.
Geldstrafen, deren Beitreibung I 179 (555).
Geldsumme als Gegenstand der Verurtheilung I 166b. 175e. 179b. r. 186 (576).
Geldwesen, römisches I 40c.
Gemeinden I 14 (20). II 191 (6).
Gemeines Recht I 10 (15).
Generalia rescripta I 111p. q.
Generelle und specielle Verpfändung II 250 (255).
Gentes I 39. II 191 (7).
Gentilen I 39. II 194 a. E. 195 a. E. 219 (113). 304k. in der spätern Zeit II 218n.
Gentis enuptio I 39 a. E.
Genus legatum II 259q.
Gerichtsbrauch I 16. 73 (165).
Gerichtsstand I 152.
Gerichtsverfahren, dessen Einleitung I 160. 184. Grundlagen I 150. 182.
Gerichtsverfassung I 41 (83). 49. 152 fl. 183. der Municipien I 92. 123. der Provinzen I 67. 93 (234 fl.). 123 (342).
Gerichtszeit I 158. 183 a. E.
*Germani fratres II 195b.
Germanische Bearbeitungen der Römischen Rechtsquellen I 137.
Geschäftsführung II 275 (364).
Gesellschaftsvertrag II 275v.
Gesetzeskraft der Schriften der alten Juristen I 134.
Gesetzgebung I 14. 74. 75. 106. 109. 129 (355). 130 fl.
Gesetzliche Zinsen II 261 (311).
Gesetzliches Pfandrecht II 250 (257).
— Recht I 14. Erkenntnißmittel I 17.
Geschichte des Eigenthums II 235 fl.
Gesta et acta I 92 (231).
Geständniß I 174q. in iure I 173 (529). II 269r.
Gewohnheitsrecht I 13. 73 (164). 105a. 129 (356). Erkenntnißmittel I 16.
Glebae inhaerentes II 214 (97).
Glossatoren I 143.
Glycerius Imp. I 120 (335).
Gojarich I 137b.
Gordiani Impp. I 86 (213).
Gracchen I 72.
Grade der Verwandtschaft II 195 (16).
Granius Flaccus I 37p.
Gratianus Imp. I 120 (334).
Gregorianus I 135 (374).
Grenzen, Grenzscheidung II 234.
Griechische Bearbeitungen der Justinianischen Rechtsbücher I 141. deren Werth für die Gegenwart I 142.
Griechische Constitutionen des Justinianischen Codex I 146 (413).
— Elemente im Zwölftafelsatz I 54 (110).
Grundeigenthum bei den Römern I 40 (76). 43 (88). 57 (119). 72. II 223 (134). 235 (180). in der Kaiserzeit II 236 (192).
Grundlagen des römischen Gerichtswesens I 150. 182.
Grundsteuern I 68 (150). 88 (218). 122 (340).
Gundobada I 137.

H.

Habitatio II 255 (285).
Hadrianus I 86 (212). 92 (231). 114 (319).
Hadriani sententiae et epistolae I 112l.
Häretiker I 121 (338). II 216 a. E.
Haftung aus Geschäften Anderer II 266.
— des Erben für die Schulden II 314 (454).
— für Abgaben II 250aa. 267a.

Haftung für Delicte der Sclaven u. Söhne II 277 (372).
Handlung II 201. als Gegenstand von Forderungen II 258 fl. von Rechten I 30 (51). II 207 (62).
Handlungsfähigkeit II 202. der alieno juri subiecti II 219 (114).
Harmenopulus I 141 h.
Hasta I 153 h. (437). 238 e.
Hastam rectam ferre II 253 (277).
Hastati I 48 (97).
Herakleische Tafel I 90.
*Herciscundi I 100 a.
Heredes necessarii, voluntarii II 312 (447 fl.).
Hereditas II 303. als juristische Person II 191 (9).
— acquisita, delata, jacens II 303 (428 fl.)
— directa, fideicommissaria II 324 (481).
— legitima, testamentaria II 303 (429).
Hereditatis petitio I 165 ss. II 314 p.
— — fideicommissaria II 324 o.
— — possessoria II 316 (458).
— — rescissoria II 311 (445).
Heredium I 153 h.
Heres ex asse II 314 (456).
Hermodorus I 54 b.
Hermogenianus I 100 a. E. 135 d.
Herrenlose Sachen II 241 (219).
Hoffnungskauf II 275 f.
Homines sui iuris, alieno iuri subiecti II 219 (116).
Homo sacer I 42 e.
Honorar II 258 q. beim Mandat II 275 pp. der Advocaten I 76 h. 155 d. 183 e. der Rechtslehrer I 103 r.
Honorati I 123 (346).
Honores I 91 (229). 123 (346). II 216 e.
Honorum ius I 60 (126). II 216 e.
Honorirter II 321 (475). 322, 3.
Honorius Imp. I 120 (335).
Hostilianus Imp. I 86 (213).
Hostis in der ältesten Bedeutung I 83 n. II 239 d.
Hypotheca II 249.
*— generalis, specialis II 220 (255).
*— tacita II 250 (257).
Hypothekarische Klage II 251 (264). deren Verjährung II 208 y.

J.

Iactus missilium II 241 (219).
Jagd II 241 (221).
Jahr II 199 (25).
Iavolenus Priscus I 99 (258).
Identität der Rechtsstreitigkeiten I 175 (541).
Ignominia II 216 (103).
Ignorantia II 209 (76).
Illustres I 121 (338).
Imaginaria venditio II 238 (196).
Immemorialverjährung II 200 (32).
Impensae II 232 (170).
— auf die Dos II 292 (410).
Imperator perpetuus I 87 h.
Imperatoren I 86 (214). deren Reihe I 86 (212). 120.
Imperium I 79 (187). 151 (429).
— des Princeps I 87 (217). 109.
— merum u. mixtum I 151 (429).
Impetratio actionis I 163 (482).
Improbus II 216 i. litigator I 158 k.
Impuberes II 202 (35). Besitzerwerb II 202 l. Besitzverlust II 229 v. Bevormundung II 297. Erbschaftserwerb II 313 g. Handlungsfähigkeit II 202 (35). Verpflichtung aus Delicten II 202 k. Verjährung gegen dieselben II 240 q.
In causa caduci II 326 e.
In integrum restitutio, processualische Seite I 177. materielle II 209. reelle I 177 (547). gegen Consumtion des Klagrechts I 172 g. gegen die Wirkungen der capitis deminutio I 177 n. gegen res iudicata I 180 (561). gegen Verjährung II 209 oo. 239 l. gegen Versäumniß der Einreden I 170 x.
In iure cessio II 238 (196). hereditatis II 313 (450). servitutum II 256 (287. 292). 257 p. tutelae mulierum I 156 (451). II 302 h. bei Adoption II 283 (389).
In ius vocatio I 160. 184 (571).
In libertate esse II 212 (86).
In servitute esse II 214 (96). 215 d.
Inaedificare II 242 u.
Incapacität II 308 a. E. 313 (451).
Incensus II 220 (119).
Incertum s. certum.
*Incestus superveniens II 290 w.
Incola I 152 (432) II 192 (10).
Indefensus I 160 (467). 173 u. 179 (557).
Index florentinus I 139 o.
Index reginae I 147 d.
Indices I 139 m.
Indictio I 122 (341).
Indignität II 326 v.
Individualität des Rechts bei den einzelnen Völkern I 9. 83 (203).
Infames I 155 (449).
Infamia I 156 h. 179 kk. II 216 (101).
Infantes II 202 (34). 313 (450).
Infantia maiores II 202 (35). 313 (450).
Infitiatio I 157 (459). 181 (564).
*Infortiatum I 148 (417).
Ingenuität II 215. Proceß darüber I 175. (538). II 211 (125).
Iniectio manus s. manus iniectio.

Iniuria II 277 bb. gegen Hausſöhne II 219 i. k. gegen Sclaven II 212 r.
Injurienklage I 166 (499).
Iniusta possessio II 255 kk.
Innominatcontracte II 272 (352).
Inquilini I 43 b. II 214 (97).
Inquisitio II 300 t.
Inſinuation der Schenkungen II 206 (62).
Inſtanzenzug I 181 (567). 187 (578).
Institor II 266 (328).
Institutio I 103 (276. 278).
— Gregoriani I 137 d.
Inſtitutionen der Notherben II 310. nach prätoriſchem Recht II 319.
Inſtitutionen des Gajus I 99 (263). 104 A. 1. E. 16.
— Juſtinian's I 139 (397). Handſchriften und Ausgaben davon I 144.
Inſtitutionenparaphraſe des Theophilus I 141 a.
Instruere I 103 e.
Instrumenta I 174 d. f.
— dotalia II 289 (400).
— publica, quasi publica II 250 (261).
Insula II 231 o. 244 e.
— in flumine nata II 242 cc.
Intentio I 165. 167 (502. 503). certa u. incerta I 165 (485). in rem u. in personam I 165 (485). iuris civilis I 165 (485).
Interceſſion II 265.
— der Frauensperſonen II 265 (326).
— der Magiſtrate I 79 (185). bei der Civilrechtspflege I 180 (562).
— der Volkstribunen I 52 h. 180 (562).
Interdicta I 169. 185 n.
— adipiscendae possessionis II 225 d.
— duplicia I 169 (509. 510). 175 (538). II 225 d. k.
— exhibitoria, prohibitoria, restitutoria I 169 (508).
— recuperandae possessionis II 225.
— retinendae possessionis I 169 (511). 225.
— secundaria I 169 l.
Interdictenbeſitz II 226 (144).
Interdictenproceß cum u. sine poena I 169 (509). 185 n.
Interdictio aquae et ignis II 220 hh.
— bonorum II 202 n.
Interdictum de aqua II 230 p.
— de arboribus caedendis II 231 (165).
— de clandestina possessione II 225 z.
— de fonte II 230 q.
— de fonte reficiendo II 230 q.
— de glande legenda II 231 cc.
— de itinere actuque privato II 230 o. 253 q. s.
— de itinere actuque reficiendo II 230 l. 253 n.
— de liberis exhibendis II 285 g.
— de loco publico fruendo II 227 c. d. 245 k. l.
Interdictum de migrando II 251 e.
— de precario II 225 (140. 141). 230 g.
— de rivis II 230 p.
— de superficiebus II 230 h. 244 b.
— de uxore ducenda II 258 n.
— de vi II 225 (140). 230 g. l.
— fraudatorium II 246 e. 327 q.
— ne vis fiat ei, qui in possessionem missus est II 248 c.
— possessorium II 327 q.
— quam hereditatem, quem fundum, quem usumfructum I 157 c. 169 l. 173 l. II 232 k. l.
— quorum bonorum II 316 b.
— Salvianum II 251 b.
— sectorium II 327 n. q.
— uti possidetis I 169 (510). 175 (538). II 225 g. 230 (157).
— utrubi I 169 (510). 175 (538). II 225 m. 230 (157).
Intereſſe als Erforderniß der Obligatio II 258 (299).
— als Gegenſtand der Obligatio II 260.
Interlocutio I 175 (537). 184 (570). 186 (571).
Interpellatio II 278 k.
Interpolationen I 104 (288).
Interpretatio des Breviars I 137 (384).
— legis XII tabularum I 73 (164). 78.
Interpretation I 17.
Interrogatio I 174 a. in iure I 173 n.
Interruptio civilis u. naturalis II 239 x.
Intestabiles I 174 p. II 216 i. 307 d. 308 p.
Inteſtaterbfolge II 303 c. nach Civilrecht II 304. nach Juſtinianiſchem Recht II 305. nach prätoriſchem Recht II 317. 320, 3.
Invecta et illata II 250 v. w. 251 a.
Inventar II 314 l.
*Inventio II 241 x.
Iohannes Imp. 120 (335).
Iohannes Scholasticus I 140 (400). 141 k.
Iovianus Imp. I 120 (334).
Ipso iure erliſcht eine Obligatio II 279. wird ein Recht aufgehoben II 198 (24). 209 (72).
Irnerius I 143 (407).
Irrthum II 209 (76). bei der Tradition II 241 g.
Italia annonaria, urbicaria I 89 m. 92 (232).
Italien I 62. 89. Einführung der Juſtinianiſchen Rechtsbücher I 143. Eintheilung in Diſtricte I 92 m. Erwerb der Civität I 64.
Italiſche Colonien I 63.
— Grundſtücke I 89 (223). 94 (238). II 235 (182). 236 nn. 238 (195). 239 f. 240 i. 256 l. 292 m.
— Städteverfaſſung I 65. 90 ff. 123.
— Steuerverfaſſung I 89 (223).
Iter II 253 (277).
— ad sepulcrum II 257 z.
Iudex qui litem suam facit II 277 uu.

Iudicatus I 173 (529. 530).
Iudicem ferre, sumere, reiicere, addicere I 154 (447).
Iudices I 49. 150 (425). 153 fl. 182. im Gegensatz zu den arbitri I 154 (433. 445). im Gegensatz zu den Recuperatoren I 154 i. Ernennung I 154 (444). Vergleichung mit den Geschwornen I 153 (435).
— delegati I 183 (570).
— maiores, medii, minores I 121 (339).
— militares I 125.
— ordinarii, sacri I 121 (339).
— pedanei I 154 nn. 158 (464). 182.
— privati I 154.
— selecti I 71 (157). 88 (222). im Civilproceß I 154 (445. 448). 158 (463).
Iudicis addictio, datio I 151 c. e. 154 ii.
— postulatio I 154 (440). 162 (475).
Iudicia ex lege I 159 (465).
— — extraordinaria I 150 (427). 176 fl. 182. in den Provinzen I 158 (464).
— legitima als Friedensgerichte I 67 d.
— — und quae imperio continentur I 159.
— ordinaria in den Provinzen I 158 (464).
— publica I 71 (157).
Iudicium im Gegensatz zum ius I 150 (426). Verhandlung in demselben I 174.
— acceptum, ordinatum I 172 b. c. (523).
— calumniae I 157 (460).
— Cascellianum I 169 (511).
— contrarium I 157 (461).
— de moribus wegen Scheidung II 292 b.
— desertum I 174 (537).
— fructuarium I 157 d. 169 (511).
— hastae I 153 (437).
*— rescindens, rescissorium, restitutorium I 177 (547).
— secutorium I 169 (511).
Iugum als Steuerhufe I 122 e.
Iulianus, antecessor I 147 (414).
— Imp. I 120 (334).
—, Didius Severus Imp. I 86 (213).
—, Salvius I 99 (259). 114 (319).
Iura in re II 243.
Iurare in leges I 79 x.
Iurata promissio liberti II 273 (354). 296 d.
Iurgare I 157 (458).
Iuricidi conventus I 67 f.
— Italiae I 92 (232). II 298 u.
Iuridicus Alexandriae I 93 x.
Iuris consulti I 155 (449).
Iuris contentio I 165 (494. 496).
Iuris possessio II 230.
Iurisdictio I 80 g. 151.
— contentiosa. voluntaria I 151 (428). 158 (461. 463). 161.
— delegata I 183 (570).
Iurisdictio mandata I 151 (431). 183 (569).
— militum I 125.
— perpetua I 81 l. 114 (318).
Jurisdiction der Bischöfe I 126.
— der Municipalmagistrate I 65 (144). 90 (230). 92. 123.
— der Principes I 110 (303). 111 (307). 183 (568).
— der Provincialvorsteher I 67. 93 (237).
— des Prätor über alle Bürger I 65 a. 92 (233). 115 (320). 152 (431).
Jurisprudenz s. Rechtswissenschaft.
Juristen in der zweiten Periode I 76. deren Einfluß auf die Rechtsentwicklung I 78. Kenntnisse I 77. (177. 180). Namen I 76 (173). Schriften I 77 (180). Thätigkeit I 76 (174).
Juristen in der dritten Periode I 96. Auctorität I 116. 117. 133. Einfluß auf die Gesetzeskraft der Rescripte I 111 (309). Einfluß auf die Rechtsentwicklung I 101. Erhaltene Schriften I 104. Methode I 102. Namen I 97 fl. Stellung zu den Principes I 112 (311). 116 (323). Verleihung des Jus Respondendi an sie I 116 (324).
Juristen in der vierten Periode I 129 (354).
Juristenrecht I 15. 18. 78. 101. 116. 134.
Juristische Personen I 28. II 190. Arten II 191. Aufhebung II 192 a. E. Entstehung II 192 (10). Handlungsfähigkeit II 202. 1. 228 bb. Nießbrauch II 257 i. k. Successionsfähigkeit II 308 (441). Vermögen II 192 (10).
Juristischer Besitz II 226. des Sequester u. Faustpfandgläubiger II 229 (156).
Juristischer Unterricht I 77 (180). 103. 129 (357). 139 (397. 398).
Ius als Gerichtsort I 158 b.
— als Potestas II 219 u.
— als Rechtsquelle I 133. 134.
— im Gegensatz zu iudicium I 150 (426).
Ius abstinendi II 312 (447).
— actorum I 92 k.
*— ad rem II 258 p.
— aedilicium I 82 (199).
— aelianum I 77 (181).
— antiquum II 308 (441). 326 (482).
— aureorum annulorum II 215 g.
— civile I 9 c. 73. 78 c. 82 (199). 84 (206). 85 (209). 101 (271). 129 (354). *postiustinianeum I 142 (405).
— commune I 31 (52).
— deliberandi II 312 m. 314 g.
— ducendi I 179 (552. 555).
— extraordinarium I 104 ss. 176 c.
— flavianum I 77 (180).
— gentium I 9 c. 83 — 85. 101. 129 (354).
— honorarium I 82. 85. 129 (354).
— honorum I 60 (126). II 216 e.

*Ius impetrandi dominii II 251 (267).
*— in personam I 30 (51).
*— in rem II 243 c.
*— italicum I 94 g. (238). 95 (242).
— Latii I 62 (138).
— liberorum II 296 h. 302 i. 304 (432). 313 (452). 319 (469).
— naturale I 9 a.
— non scriptum I 105 (293). 117 d.
*— offerendi II 250 ff.
— papirianum I 37 (71).
— patrum II 326 i.
*— poenitendi II 272 x.
— postliminii II 220 (118). 239 w. 284 (390). 290 q. 311 c.
— prensionis I 179 (555).
— publicum I 41 (83). 44 (88). 54 (111).
— Quiritium I 41 (83) 44 (90). 48 g. 73 (163). II 193 e. 235. im Gegensatz zu civitas II 218 b.
— respondendi I 116 (324).
— revocandi domum I 152 (433).
— sacrum I 41 (83). 54 (111). 77 (178).
— scriptum I 16 (22). 105 (293). 117 d.
— singulare I 31 (52).
— suffragii I 60 (126). II 216 f.
— vitae et necis des Herrn II 212 (83).
— — — des Vaters I 41 t. II 282 (384).
Ius dicere I 151 (428).
— facere I 82 (199). 111 h. i. 175 (540).
Iusiurandum als Beweismittel I 174 (535). 185 (575).
Iusiurandum calumniae I 157 (460). 185 b.
— in litem I 174. II 232 s. 260 (309).
— iudiciale I 173 c. 174 u.
— necessarium, voluntarium I 173 e.
Iussus populi I 41 (81).
Iusta causa bei der Freilassung II 213 (92).
— — bei der Usucapion II 239 (206).
— — restitutionis I 177 (547) II 209 (73).
— — traditionis II 241 (216).
Iusta servitus II 215 d.
Iustae nuptiae II 287 (396).
Justinian I 138.
Iustiniani novi I 139 (397).
Justinian's Gesetzgebung I 139. 140. deren Überlieferung durch den Occident I 143—148. durch den Orient I 141 ff.
— Regierungshandlungen in chronologischer Übersicht I 140 l.
Iustinus Imp. I 120 (335).
Iuventius Celsus I 99 (258).

K.

Kaiser I 86 (214). 120.
Kaiserliche Gesetzgebung, deren Form I 131. Fruchtbarkeit I 129 (357). Sprache und Werth I 130. Überlieferung I 132.
Kaiserliches Regiment I 121.
Kalender II 199 (25).
Kaufcontract II 275 (357).
Ketzer I 121 (336). II 216 a. E.
Kindesrecht II 295.
Kirche I 14 (21) als juristische Person II 191, 5. Stellung zum röm. Staat I 121 (336). 126. Successionsfähigkeit II 308 v.
Kirchengüter II 239 zz. 240 q.
Kirchenrecht I 26.
Kirchenstaatsrecht I 25 a. E.
Kirchliche Bearbeitungen der Justinianischen Gesetzgebung I 141 l.
— Gerichtsbarkeit I 126.
Klagarten I 165 fl. 185 (573).
Klagbare Obligatio II 269.
Klage I 29 (47). II 208 (64).
Klagen des Hausfohns II 219 (115).
Klaglose Obligatio II 268.
Klagverjährung II 208. 209 i.
Könige, deren Wahl und Gewalt I 41 (81).
Kopfsteuer I 122 (341).
Kriegsgefangenschaft s. Gefangenschaft.
Kritik I 17.

L.

Labeo, Antistius I 98.
Ladung I 184 (571).
*Laesio enormis, ultra dimidium II 275 p.
Läsion (bei i. i. restit.) II 209 (73).
Lanuvinische Inschrift I 118 l.
Lanx II 277 o.
Laterculum I 122 (342).
Latini I 62. II 217. deren Erlangung der Civität II 218.
— coloniarii I 63. 65 (146). II 217 (106).
— Iuniani II 217 (107). 218, 4. 304 (433). 307 e. 308 q. 322 o.
Latinisches Element des römischen Volks I 38. 45.
Latinität I 62 (137). 95 a. II 217 (106). deren Aufhebung II 218 m.
Latium, maius u. minus I 62 i.
*Laudatio auctoris II 232 h.
*Laudemium II 245 dd.
Lautumien II 220 s.
Lectio censorum I 58.
— haloandrina, norica I 145 (412).
— vulgata I 145 (411).
Legati I 93 (234). 151 a. E.
— Caesaris I 93 (235).
Legatum II 321. Unterschiede von dem Fideicommiß II 322. Verschmelzung mit dem Fideicommiß II 323.
*— alternativum II 259 q.
— inutile II 321 aaa.
— sinendi modo II 321 (473).
Legatus municipii I 152 k.
Lege agere I 151 (428).

Legem ferre, promulgare, rogare, suadere I 74 (166).
Leges I 74. 106. im Gegenſatz von ius I 133. bei der proscriptio bonorum I 179 hh.
Leges agrariae I 72.
— cibariae I 70 (153).
— datae I 106 b.
— de civitate I 64 (142). 71 (156).
— de coloniis deducendis II 238 (195).
— de iudiciis publicis I 71 (156).
— edictales I 131 (360) m.
— frumentariae I 72 (160).
*— fugitivae s. erraticae I 139 t.
*— geminatae I 139 t.
— generales I 131 (361. 363).
— iudiciariae I 71 (158. 159).
— Iuliae I 163 c.
— municipales I 108 b.
— perfectae, imperfectae, minus quam perfectae I 74 (168). 80 (193).
— regiae I 37.
— sacratae I 45 a.
— speciales I 131 h.
— sumtuariae I 70 (153).
— tabellariae I 71 (155).
— tribuniciae I 37 a.
Legibus solvere I 75 (171).
Legis actio I 80 g. 151 d. pro tutela I 156 g. 161.
— — per condictionem I 154 (442). 162 (475).
— — per iudicis arbitrive postulationem I 154 (440). 162 (475).
— — per manus iniectionem I 162 (476).
— — per pignoris capionem ſ. pignoris capio.
— — sacramento ſ. sacramenti legis actio.
Legis Actionen I 74 g. 78 (182). 80 (191). 161 fl. deren Wegfall I 163.
Legis actor I 156 e.
Legis vicem habere I 105 (293). 111 (306).
Legitima conventio II 276 b.
— hereditas II 304.
— iudicia I 159.
— portio II 311 (446).
— tutela impuberum II 297 (415).
— — mulierum II 302.
Legitimae usurae II 261 t.
*Legitimatio II 283 (387).
Legitimum matrimonium II 283 (386). 287.
Leiſtung II 259.
— der Aeſtimation II 260.
Leo I. Imp. I 120 (335).
— II. Imp. I 120 (335).
— der Iſaurier Imp. I 141 (402).
— Philosophus Imp. I 141 (403).
Letzter Wille II 306 (435).
Lex I 74. 106. Eigenthumserwerbungsgrund II 238 a. E.
— Acilia Calpurnia de ambitu I 71 f.
— — Glabrionis repetundarum I 71 e. m.
— Aebutia I 80 (191. 193). 153 u. 154 (442). 163 (481).
— Aelia et Fufia I 79 (186).
— — Sentia I 107 (300). 154 w. II 213 (91 fl.). 217 (105). 218 (109). 220 s.
— Aemilia cibaria I 70 a.
— — de censoribus I 56 (117).
*— Anastasiana II 267 g.
— Antia I 70 a.
— Antonia de Thermensibus I 69 f.
— Apuleia agraria I 72 (163).
— — de sponsoribus II 264 (323. 324).
— Aquilia II 277 y.
— Aternia Tarpeia I 53 (109).
— Atilia II 298 r. 302 o.
— Atinia II 239 rr.
— Aufidia I 71 f.
— Aurelia I 71 r. 162 u.
— Caecilia de portoriis I 89 h.
— Caecilia et Didia I 74 c.
— (Caligulae) agraria I 108 e. 154 p.
— Calpurnia über condictio I 154 (442). 162 c. f.
— — repetundarum I 71 d. 80 d. 156 (450).
— Canuleia I 56 (116).
— Cassia agraria I 53 (108).
— — tabellaria I 71 (156).
— — Terentia frumentaria I 72 a.
— Cicereia II 264 s.
— Cincia I 155 (449). II 206 (55).
— Claudia de tutela mulierum II 302 p.
— Clodia de auspiciis I 79 h.
— — frumentaria I 72 a.
— Clodiana II 213 t.
— Coelia tabellaria I 71 (156).
— collegii aquae I 154 o.
— commissoria II 247 l.
— Cornelia cibaria I 70 a.
— — de edictis perpetuis I 81 q.
— — de iniuriis II 277 qq.
— — de magistratibus I 79 a.
— — de postliminio II 220 h.
— — de sicariis II 212 h.
— — de sponsoribus II 261 o. 264 s. v.
— — de viginti quaestoribus I 79 a.
— — iudiciaria I 71 q.
— — ne quis legibus solveretur I 75 g.
— — repetundarum I 71 e.
— — tabellaria I 71 a.
— Crepereia I 168 g. II 264 s.
— curiata I 51 (101).
— — de imperio I 51 a. 59 e. 79 (187).
— de imperio principis I 87 l. 109 a.
— de imperio regis I 41 h.
— — — Vespasiani I 87 p. 109 a.
— de magistris aquarum I 108 a.

Lex de scribis, viatoribus et praeconibus I 79 a.
— decemviralis ſ. Zwölftafelgeſetz.
— decimaria II 313 (452. 453).
— Dei I 104 C. 7.
— Didia cibaria I 70 a.
— Duilia Maenia II 261 b.
— Duodecim Tabularum ſ. Zwölftafelgeſetz.
— Fabia de plagiariis II 213 tt.
— Falcidia I 108 f. II 321 ooo. 322 w. 325 a. c. 326 r.
— Fannia cibaria I 70 a.
— Fufia Caninia ſ. Furia Caninia.
— Furia Caninia I 107 (300) II 213 bbb.
— — de fenore II 261 p.
— — de sponsoribus I 162 (478). II 264 (323).
— — testamentaria I 162 (478). II 206 mm. 321 kkk. 325 a.
— Gabinia fenebris II 261 s.
— — tabellaria I 71 (156).
— Galliae cisalpinae I 90 k.
— Genucia de consulatu I 57 l.
— — fenebris II 261 m.
— Gundobada I 137 f.
— Hieronica de decumis I 68 k.
— Horatia Valeria de plebiscitis I 56 h.
— — — de provocatione I 56 (116).
— — — de sanctitate I 49 c.
— Hortensia de comitiis tributis I 59 b.
— — de nundinis I 158 m.
— Hostilia I 156 (450).
— Icilia de Aventino II 244 e.
— Iulia Augusti de adulteriis I 107 (298). II 213 ss. 289 d. 291 i.
— — — de ambitu I 107 (299).
— — — de cessionibus bonorum I 179 nn.
— — — de fraudata annona I 107 (299).
— — — de fundo dotali I 107 (299). II 292 m.
— — — de iudiciis publicis et privatis I 107 (299). 154 (444). 159 b. 163 c.
— — — de maritandis ordinibus I 107 (297).
— — — de peculatu I 107 (299).
— — — de residuis et sacrilegio I 107 (299).
— — — de vi publica et privata I 107 (299).
— — — maiestatis I 107 (299).
— — — vicesimaria II 313 hh.
— — Caesaris agraria I 72 n.
— — — de agro Campano I 107 d.
— — — de cessionibus bonorum I 179 mm.
— — — de civitate sociorum I 64 c. 65 i. II 289 (401) h.
— — — de modo credendi possidendique intra Italiam II 261 p.
— — — de provinciis I 66 c.
Lex Iulia Caesaris de vi I 71 g.
— — — iudiciaria I 71 t. 154 w. 159 b. 152 (433).
— — — municipalis I 90 (225) d.
— — — repetundarum I 71 e. 163 c. II 239 tt.
— Iulia et Papia Poppaea I 107 (298). 108 g. II 288 (399). 308 (440). 313 (451). 319 (469). 325 a. 326.
— — et Plautia II 239 ss.
— — et Titia II 298 s.
— Junia repetundarum I 71 e. 156 (450).
— — Norbana II 213 u. x. aa. xx. 217 (107). 218 (109).
— — Penni I 71 c.
— — Petronia I 107 o.
— — Velleia II 308 (441).
— Lentuli I 66 a.
— Licinia cibaria I 70 a.
— — de aere alieno I 57 (119).
— — de consulatu I 57 b.
— — de decemviris sacrorum I 57 (120).
— — de modo agri I 57 f. 72 (161).
— — de sodaliciis I 71 f.
— — Mucia de civibus regundis I 64 b.
— Livia agraria I 72 (163).
— — iudiciaria I 71 n. 151 h.
— Maenia de dote I 74 k. II 292 b.
— — de magistratibus I 59 l. n.
— Mamilia I 95 o. 174 r. II 234 m. n. 277 z.
— — de coloniis I 108 e. 154 p.
— Marcia agraria I 72 a. E.
— — fenebris I 162 (478). II 261 r.
— Menenia Sestia I 53 (109).
— Mensia (Minicia) II 217 h.
— minus quam perfecta I 74 g.
— Nervae agraria I 106 a.
— Octavia frumentaria I 72 a.
— Ogulnia I 57 k.
— Oppia sumtuaria I 70 a. II 302 a.
— Orchia cibaria I 70 a.
— Ovinia I 58 a. d.
— Papia de peregrinis I 71 c.
— — Poppaea I 107 (298) 108 g. II 288 (399). 313 (451). 319 (469). 325 a. 326.
— Papiria de sacramento I 161 f.
— — Iulia I 53 (109).
— — tabellaria I 71 b.
— Petronia I 107 o.
— Pinaria I 53 d. 154 a. 158 w. 161 (472).
— Plaetoria de minoribus II 209 h. 299 f.
— — iudiciaria I 158 (462).
— — de praetoribus I 158 i.
— Plautia de vi I 71 g.
— — iudiciaria I 71 p.
— — Papiria I 64 d. 95 g.

Lex Poetelia Papiria I 162 (479). 179 v. II 269 (344).
— Pompeia de ambitu I 71 f.
— — de civitate I 65 n.
— — de parricidiis I 41 s. II 282 b.
— — de vi I 71 g.
— — iudiciaria I 71 s.
— Porcia de provocatione I 79 v.
— Publilia de comitiis centuriatis I 59 (122).
— — de comitiis tributis I 59 (122).
— — de consulatu I 57 k. l.
— — de sponsoribus I 162 (478). II 261 o. 264 (324). 277 z.
— — de tribunis plebis I 52 k.
— Quinctia I 74 g. II 277 z.
— regia I 87 q.
— Romana (Novellenauszug) I 146 (413).
— — Burgundionum I 137 (385).
— — Visigothorum I 137 (386).
— Roscia I 70 c.
— Rubria de Gallia cisalpina I 90 k. 179 (553).
— Rupilia I 66 a. 154 a.
— satura I 90 (226).
— Scribonia II 256 s. 287 e.
— Sempronia agraria I 72 (161).
— — de provocatione I 79 v.
— — de fenebris II 261 p.
— — frumentaria I 72 a.
— — iudiciaria I 71 k. n.
— Servilia Caepionis iudiciaria I 71 (158). 74 g.
— — Glauciae repetundarum I 71 (158). 154 a. y. 156 (450).
— — Rulli agraria I 72 a. E.
— Silia I 162 c. s. 154 (442). 161 k.
— Sulpicia II 264 v.
— Tarpeia I 53 (109).
— Terentilla I 53 (108).
— Theodosii I 137 (386).
— Thoria I 72 i. 74 g. 154 o. II 245 p.
— Titia agraria I 72 a. E.
— Tullia I 71 f.
— unciaria II 261 m. 264 s.
— Valeria Flacca über Zinsen II 261 m. o.
— — Horatia I 56 (116).
— — Publicolae I 48 t. 51 (101). 79 v.
— Vallia I 162 n. s.
— Vectibulici I 106 b.
— Villia I 58 d.
— Visellia II 215 c. 218 (110).
— Voconia II 304 f. 308 r. 325 a.
Libelli refutatorii I 186 (577). 187 (578).
Libellus conventionis I 184 (571).
— famosus II 277 (371).
— principi datus I 178 (549).
Liber Authenticorum I 147 (415).
— Novellarum I 147 (414).
— iuridicus oder legis doctorum I 137 (384).
Liberalis causa I 175 t. II 221 (226).
Liberalitas II 205 f.
Liberi naturales II 195 (15). 287 (397). 308 cc.
Liberorum quaerendorum causa heirathen II 287 (396).
Libertas II 214 fg. 218 (112). deren Erlangung II 213. deren Verlust II 220 (118).
Libertinus, libertus I 60 c. s. Freigelassene.
Libertus centenarius II 319 o.
— orcinus II 213 (89).
Libra aeris I 40 (77).
Libri feudorum I 148 (417).
Libripens I 174 (534). II 238 (196). 306 (436).
Licinius, C. Stolo I 57.
— Rufinus I 100 (267).
Licium II 277 o.
Limitation I 43 (88). II 223 (134).
Lis I 157 (458). 161 (474). 172 (523).
— ordinata oder inchoata I 172 b. q.
— fullonum I 100 y.
Litera antiqua, bononiensis, communis, Pisana I 145 (410. 411).
Literae dimissoriae I 181 (567).
Literarum obligatio II 274.
Litis aestimatio I 165 (493). 172 l. 173 d. 179 t. II 232 t. 260 (307).
Litis contestatio I 172. 175 (539). 185 (572). deren Verweigerung I 173.
— denuntiatio I 160 (468). 184.
Litiscrescenz I 157 (459). II 277 z.
Livius, C. Drusus I 76 b.
Locatio conductio II 275 (360).
Locus II 223 (130).
Longa manu tradere II 228 c.
Longi temporis possessio II 240.
— — quasi possessio II 256 (291).
Longinus, Cassius I 99 (257).
Luceres I 38. 46.
Lucilius Balbus I 97 (248).
Lucra nuptialia II 282 t. 290 (402).
Lucrativa causa II 205 (51). 239 o.
*Lucrum cessans II 260 (309).
Luftraum II 223 v.
Lumina II 253 cc.
Lustrum II 213 (88).
Lydus, Ioannes I 104 (284).
Lytae I 139 (398).

M.

Maaß der Schenkungen II 206 q. xx.
— der Servitut II 253 (275).
Macer, Aemilius I 100 (267).
Macrinus Imp. I 86 (213). 111 (308).
Maecianus, Volusius I 99 z. 104 i.
Mängel II 275 (359).
Magister bonorum vendendorum I 179 (557).
— equitum I 51 (102).
— militum I 125.

Magister navis II 266 (328).
— officiorum I 122 (340).
— populi I 51 (102).
— scriniorum I 122 (342).
Magistrate I 79 flg. deren Edicte I 81. 114. Eid I 78 x. Einfluß auf die Rechtsentwicklung I 80. 82. 85. 114. Gewalt I 79. Thätigkeit bei der Rechtspflege I 150 fl. 176. 182. Wahl I 59 (124). 87 (215).
Magistrate mit Jurisdiction I 151 (427).
Magistratus in engerer Bedeutung I 91 a. E. 123 (343). 183 (569).
— maiores, minores I 79 (187). 92 (233). 151 (429).
— populi Romani, Caesaris I 88 (221).
Maiorianus Imp. I 120 (335).
Maius Latium I 62 i.
Malen II 242 (225).
Manceps II 245 (238).
Mancipatio I 40 (79). II 238, 3. familiae II 306 g.
Mancipation der alieno iuri subiecti II 220 nn. 282 g. 284 (390). als Vertragsform I 40 a. E. II 272 (349).
— der Rusticalservituten II 238 (196). 256. (287).
Mancipationstestament II 306 (436).
Mancipationszeuge I 174 (534).
Mancipatus II 214 e. 219 a. E. 269 (344). 286.
Mancipium II 214 e. 219 a. E. 286.
Mandata principum I 110 (304). 131 (360).
Mandatum II 275 (363).
*— qualificatum II 265 (325). 275 (363).
Manifestationseid I 188 a. E.
Manilius, M. I 76 (174). 77 (180).
Manipulus I 48 (97).
Manu militari I 179 (560).
Manubiae II 238 b.
Manum conserere I 161 (472).
Manumission II 213. 284 (390).
— zum Nachtheil der Gläubiger II 213 ii.
— in den Municipien I 95 o.
Manumissor II 298 e. 304 pp. 317 m.
Manus II 285. 287 (395). deren Einfluß auf die Rechtsfähigkeit II 219 (116).
— iniectio I 160 (465. 467). 162 (476). 179 (551. 555). II 269 (344). 277 z. 321 q. r.
— — pura, pro iudicato I 162 (476).
Marcellus, Ulpius I 100 (266).
Marcianus Imp. 120 (335).
—, Aelius I 100 (267).
Marcus Aurelius Philosophus Imp. I 86 (213).
Marliani tabula I 37 (72).
Martius, C. Figulus I 76 b.
Maternität II 195 (14). 211 (81). 217 (105).
Matricula I 128 (352).
Matrimonium iuris gentium II 287 (395. 396).
— legitimum II 283 (387). 287 (395).
Mauricianus, Iunius I 99 (261).
Maximae usurae II 261 (314).
Maximianus Imp. I 86 (214). 120 (334).
Maximinus Imp. I 86 (213).
Maximus, Rutilius I 100 (266).
Meeresufer II 223 (133).
Mehrfache Verwandtschaft II 195 (15).
Mehrheit von Leistungen II 259 (306).
— von Pfandrechten II 250 (258).
Membrum ruptum II 277 (371).
Menander, Arrius I 100 (266).
Mensis civilis II 199 (26).
— intercalaris II 199 (26).
Mensores II 234 (176). 258 h. k. 275 (361).
Merces II 275 (360).
Metalla II 220 (120).
Methode der Rechtswissenschaft I 32 fl.
— der römischen Juristen I 102.
Metus I 102 e. II 209 (75).
Miethe II 275 (360).
Milde Stiftungen II 191 o. 239 zz. 308 v.
Militärwesen I 41 (80). 42 (85). 46. 47 h. 48 (95). 87 (215). 125.
Militia I 127 b. 128 (352).
Minderjährige, deren Bevormundung II 299, 3. Handlungsfähigkeit II 202 (38). Restitution II 209 (73). 239 l.
Minderjährigkeit, deren Berechnung II 199 a. E.
Minus Latium I 62 i.
*Miscelliones I 100 a.
Missio in possessionem I 151 (429). II 248 (248).
— — — bei Contumacialverurtheilung I 188 (581).
— — — damni infecti nomine II 231 u. 238 (195).
— — — ex edicto D. Hadriani II 314 z.
— — — rei servandae causa I 160 (467). 179 (556). 188 (581).
Miteigenthum II 232 (166).
Miteigenthum an Sclaven II 213 (91).
Miterben II 314 a. E.
Mitvormünder II 300 (422).
Modus II 204 (44). 205 (52).
Monarchie I 25 (37).
Monat II 199 (26).
Mora II 278 (375).
Moral und Recht I 4. 7.
Moralische Personen, s. Juristische Personen.
Mores graviores, leviores II 292 (410).
Mortis causa capio II 325.
— — donatio II 205 (53). 325.
Mos I 73 (165).
Mucius, Quintus I 76 (174).
Multa I 179 (560). II 277 z.
Multae dictio I 53 (109).
Munera I 60 d. 91 (229). 123 (343).

Municipalmagistrate I 91. 123. Haftung für die Vormünder II 300 z. Jurisdiction I 92. 115. 123.
Municipalverfassung I 65. 90 fl. 123.
Municipes I 60 (126). in engerer Bedeutung I 91 a. A.
Municipia I 60 (127). 62 (136). in den Provinzen I 95.
Munus iudicandi I 159 (465).
Mutatio familiae II 220 (121).
Muttergut II 282 (386).
Mutuum II 272 (350).
Mutuus dissensus II 280 (377).

N.

Nachlaß II 314f.
Nachtheile der zweiten Ehe II 290 (402).
Narratio actoris I 185 (572).
*Nasciturus II 310 (443). 311 (444).
Natalium restitutio II 215 (100).
Nationalität des Rechts I 9. 10. 83 (201).
Natürliche Person II 190.
Natürliches Eigenthum II 236.
Naturales liberi II 195 (15). 283 (387). 287 (397). 308 cc.
*Naturalia negotii II 204 (44).
Naturalis obligatio II 268 (335).
— ratio I 84 (207).
Naturrecht I 32 (54).
Nebenbestimmungen II 204 (44).
Necessarii II 196 q.
— heredes II 312 a.
Negation I 29 (47). 170 b. (513).
Negatoria in rem actio I 165 (485). II 232 (171).
Negotiorum gestio II 275 (364).
Neratius Priscus I 99 (259).
Nero Imp. I 86 (212).
Nerva Imp. I 86 (212).
Nerva, M. Cocceius I 99 (256). dessen Sohn I 99 (258).
Nexum I 44 (89). 162 m. o. II 238 p. 269 (342). 273 (353).
Nichtigkeitsbeschwerde I 181 (564). II 269 (342). 277 z. 321 q. r.
Nießbrauch, s. Ususfructus.
Nobilissimat I 121 (338).
Nomen latinum I 62 (138).
Nomina arcaria, transscripticia II 274 (357) c.
*Nominatio auctoris II 232 (168).
— potioris II 300 (424). bei den Decurionen I 91 (229).
*Non usus II 257 (295).
Nota II 216 (101. 103).
Notarii I 122 (341).
Noten zu Papinian I 100 (267). 134 (369).
Notherbfolge II 311 a. E. nach prätorischem Recht II 319.
Notitia dignitatum I 128 a. E.
Nova in der Appellationsinstanz I 187 (578).
Novatio II 280 (379). *necessaria II 280 w.
Novella I 147 (414).
Novellen Justinian's I 140 (399). Sammlungen I 147.
— vor Justinian I 136 (381). 139 (389).
Novi operis nuntiatio I 168 a. E. II 230 (158).
Noxae datio II 277 (372).
Nuda proprietas II 255 (282).
Nudum ius Quiritium II 236 b. cc. mm.
Nullität der Rechtsgeschäfte II 204 (49).
— der Sentenzen I 175 (538). 180 (561). 181 (564).
— der Testamente II 311.
Numa I 36 (65). 38 (73).
Numaischer Kalender II 199 (25).
Numeratio dotis II 292 (407).
Numerianus Imp. I 86 (213).
Numerius Negidius I 164 a.
Nummo uno vendere II 238 (195) p. q. 324 g.
Nuncupatio et testatio II 306 (436).
Nundinae I 158 m. 179 (552).
Nuntiatio I 79 (185). an den Fiskus II 239 yy.

O.

Obligatio I 23 (34). 30 (51). II 207 (62). 258. deren Aufhebung II 279 fl. Entstehung II 270. Gegenstand II 258 fl. Subjecte II 262 fl.
— auf ein Alternativum, auf ein genus I 165 (488). II 259 (305).
— auf eine Mehrheit von Leistungen II 259 (306).
— aus dem Erbschaftsantritt II 314 (454).
— aus der ordinatio iudicii I 172 (524).
— certa, incerta II 259 (303).
— civilis, naturalis II 268 (335). honoraria, iuris gentium ib.
*— dividua, individua II 259 (306). 263 (318).
— generalis (Verpfändung) II 249 (251).
— in solidum II 263.
— iudicati I 175 aa. 179 (550).
— praediorum I 118 (331).
— principalis, accessoria II 263 (320).
— rei s. pignoris II 246 (243). 249 c.
Obligationes ad dandum, faciendum, praestandum I 165 (489). II 259.
— aus Delicten Anderer II 277 (372).
— aus Handlungen Anderer II 277 (371).
— bonae fidei, stricti iuris II 269 (336). 270 a. E. 275 (357). 278 (373).
— ex delicto II 277.
Obligationes quasi ex contractu II 277 (363. 364).
— quasi ex delicto II 277 (371).
Obnuntiatio I 79 (185).
Obreptio I 178 (550).

Obrigkeit I 11 (16). 14 (19).
Obrogare I 74 i.
Obsequium II 296 (414 u. a. E.).
Obſervanzen I 14 (20).
Obvagulatio I 160 d.
Occentare II 277 (371).
Occupation II 228 (148). als Eigenthumserwerbsart II 236 (186). 241 (220).
Occupationsrecht am öffentl. Boden I 72 h.
Odofredus I 145 a.
Öffentliche Rechte I 25 (39).
Öffentliche Teſtamente II 306 o. p.
Öffentliches Recht I 25.
Öffentlichkeit des Gerichtsverfahrens I 123 (344). 158 (461). 183 (570).
Officia I 127.
Officium iudicis I 153 (434). 165 (497).
— ius dicentis I 80 (189). 151. 171 e.
Ofilius, Aulus I 97 (249). 107 a.
Olybrius Imp. I 120 (335).
Onera matrimonii II 292 (406).
Onerirter II 321 (471). 322 m.
Oneris ferendi servitus II 252 e.
Onus probandi ſ. Beweislaſt.
Operae liberti II 296 (414).
— locari solitae II 258 (300). 275 (360).
— mensorum II 275 (361).
— servorum et animalium II 255 a. E.
Operis novi nuntiatio I 168 a. E. II 230 (158).
Optimatenpartei u. deren Kämpfe mit den Populären I 70 (155). 71 fl.
Optio tutoris II 302 l.
Oratio continua I 174 (532).
— D. Marci I 173 (530). II 232 b. 250 x.
— D. Severi de potioribus nominandis II 300 y. de praediis rusticis et suburbanis non alienandis II 300 o.
Orationes principum I 106 (295). 110 (303). 131 (360).
Oratores I 155 (449). 174 (532).
Orbi II 313 (451).
Ordinatio iudicii I 172.
Ordines als die zum Senat berechtigten Klaſſen I 58 a.
Ordo als Senat der Municipien I 91 (228).
— der Triarier I 48 (97).
— equester I 70 (154). 71 i. 88 (222).
— senatorius I 70 (154).
— iudiciorum privatorum I 150. deſſen Untergang I 182.
Originärer Erwerb II 198 (22).
Original und Abſchrift von Urkunden im Proceß I 174.
Originarii II 214 (97. 98).
Origo I 152 (433). petitionis I 175 (541).
Ort der Erfüllung I 152 (433). II 268 (333).
— des Gerichtsverfahrens I 158.
Os fractum II 277 ll.
Oskiſcher Dialect I 64 g. 71 e.
Ostentum II 210 c.
Oſtgothen, deren Rechtsſammlung I 137 (386).
Otho Imp. I 86 (212).

P.

Pacht II 275 (360).
Pachter des ager vectigalis II 245 (238).
Pacta adjecta II 276 (366).
— dotalia II 292 a. E.
*— legitima, praetoria, vestita II 276.
Pactio bei Beſtellung der Servitut II 256 (289).
Pactum II 271. 276.
— de non petendo II 279 (376). 280 (380).
— de retroëmendo, retrovendendo II 276 (366).
*— geminatum II 276 (365).
— hypothecae II 249 c. 250 (255).
*— reservati dominii II 241 f.
— über Verkauf des Pfandes II 247 i. 248 f. i.
Palatini I 127 (351).
Pandekten I 104 D 12. 139 (392). Eintheilung durch die Gloſſatoren I 148 (417). Handſchriften und Ausgaben I 145. Ordnung I 139 (394).
Papianus I 104 (292). 137 g.
Papinianistae I 139 (398).
Papinianus Aemilius I 100 (267). 134 (368. 370).
Papirius I 37 (71). 76 (173).
Papirius Iustus I 100 (266).
Paraphernen II 292 (407).
Paraphraſe des Theophilus I 141 (402).
Paratitla I 139 (392).
Parens manumissor II 296 a. E. 298 (417). 304 oo. 317 m. 319 a. E.
Parricidium I 41 (83).
Parteien im Proceß I 155. 157. Theilnahme an der Beſtellung der Richter I 154 (447).
Parteikämpfe zu Ende der Republik I 70 ff.
Partes Digestorum I 139 (393). bei den Gloſſatoren I 148 (417).
— formulae I 164.
Particuläres Recht I 10 (15).
Partitio II 308 t. 324 (480).
Partus ancillae II 242 kk. 250 x. 255 (283).
Pascua II 245 b. 253 v.
Pascui servitus II 253 (278).
Pater patratus I 83 b.
— solitarius II 313 dd.
Paternität II 195 (15). 211 (82).
Patres I 41 c. 42 a. 51 (102). 58.
Patria potestas II 282. Einfluß auf die Rechtsfähigkeit der Hausſöhne II 219 (113). Endigung II 284. Entſtehung II 283.
Patriciat in der Kaiſerzeit I 121 (338).
Patricier I 42. deren Kämpfe mit den Ple-

bejern I 51—59. Rechtszustände in der ältesten Zeit I 39—42.
Patrimonium populi II 223 bb.
— principis I 122 (340). II 239 yy. 245 q. s.
Patrocinium der großen Grundbesitzer II 236 pp.
Patronat II 215 (99). 296.
— der Patricier über Clienten I 42.
— über Colonen II 214 (97).
Patronatische Tutel II 298 c.
Patronatisches Erbrecht II 304 (432). 317.
— Notherbenrecht II 319 (468).
Patronus im Proceß I 155 c. 174 a.
Paulus, Julius I 100 (269). 134 c. h. dessen sententiae receptae I 104 G 8. 9. E 14.
Pauperies II 277 ddd.
Peculium des Colonen II 214 k.
— des Hausſohns II 266 (329). 282 (384). castrense, quasi castrense, paganum II 282 n. p.
— des Sclaven II 266 (329). 281 (383).
Pecunia I 40 e. II 270 oo.
— populi II 223 bb.
— trajecticia II 261 w.
Pecuniae extraordinariae II 274 (356).
Pedarii I 58.
Pegasianer I 99 (258).
Pegasus I 99 (258).
Per exceptionem erlischt ein Recht II 198 (24). 209 (72).
— — erlischt eine obligatio II 279.
Perception II 241 n. 242 ll.
Perduellio I 41 (83). 42 c. e.
Peregrinen I 83 (204). II 217 (104). 218 (115). deren Eigenthum II 235 (182). Gelangung zur Civität II 218.
Peregrinenrecht I 84.
Peregrinenrechtspflege I 83. 163. (481).
Perfection der Schenkungen II 206 (55).
— der Verträge II 271 (348). 275 (360).
Perfectissimatus I 121 d.
Periculum beim Interdictenproceß I 169 (510).
— iudicis I 175 i.
Permutatio I 165 hhh. II 272 (352).
Peroratio I 174 (532).
Perpetuarii II 245 (240).
Persecutio I 176 i.
Persönliche Klagen I 30 (51). 165 (485).
Persönliche Rechte I 30 (49).
Persönlichkeit I 22. 28. 30 (50). II 207 (61). deren Voraussetzungen II 210.
Person I 22. II 190.
Persona standi in iudicio I 155 (449).
Personae exceptae legis Cinciae II 206 (56).
— — legis Furiae II 321 lll.
— incertae II 308 (441). 321 oo. pp. 322 n.
Personales constitutiones I 111 (307). 131 (364). 132 (365).
Personalexecution I 179 (550). II 269 (341).
Personalservituten II 255. 257 (294 fl.).
Pertinax Imp. I 86 (213).
Pessimus libertus II 23 u.
Petitio I 165 (485).
— bonorum possessionis II 316 q.
— tutoris v. curatoris II 300 (424).
Petitorische Interdicte II 225 a. c.
Pfandbare Gegenstände II 250 (253).
Pfandcontract II 248 (249). 272 (352).
Pfandklagen II 247 k. 248 (249). 251, 4.
Pfandrecht II 246 fl. dessen Aufhebung II 251, 5. dingliche Natur II 249 c. Entstehungsarten II 250 (255).
Pflanzen II 242 v.
Pflichttheil II 311 (446). des Patrons und Parens Manumissor II 319 (469. 470).
Philippus Arabs Imp. I 86 (213).
Philosophie der römischen Juristen I 102 (273).
— des Rechts I 32.
Philosophische Grundlage des Rechts I 1 fl.
Philoxenus I 104 f.
Pia corpora II 191. 6. 208 x. 239 zz. 308 v.
Pignoris capio I 79 u. 92 d. 179 (550. 559). 188 (580). II 248 (249).
— — als Legis Actio I 161 (469). 162 (479).
Pignus II 246 c. 248. 250 p.
— als Faustpfand II 248 (249). 250 p. aa. 272 (352).
— conventionale II 250 bb.
— in causa iudicati captum I 179 gg. II 248 a. 250 bb.
*— necessarium II 250 bb.
— nominis II 250 (254).
— pignori datum II 250 i.
— praetorium II 248 d.
*— publicum, quasi publicum II 250 (261).
— tacitum II 250 (257).
*— testamentarium II 250 bb.
*— voluntarium II 250 bb.
Pileati II 213 (90).
Pisanische Handschrift der Pandecten I 145 (409).
Pius, Divus I 86 (212).
Placentinus I 148 c.
Plautius I 99 (258).
Plebejer I 43 fl. deren Gleichstellung mit den Patriciern I 56—59. Kämpfe mit denselben I 51—53. Rechtszustände in der ältesten Zeit I 43—45.
— im Gegensatz zu den Decurionen I 91 a. A.
Plebejische Tribus I 47.
Plebiscita I 47 a. E. 52 (105). 56 (116). 59. 74 a. E.
Plebs in der Kaiserzeit I 121 (338).
Plenum ius Quiritium II 236 (186. 190) aa. mm.

Plumbatura II 242 (223).
Pluris petitio I 167 (504). 186 (577). II 280 r. f.
Poena desertionis I 160 (467).
— publica, privata II 277 (367).
— temere litigantium I 157 (458).
Poenae nomine relicta II 321 ss.
*— secundarum nuptiarum II 290 (402).
Polizeiliche Thätigkeit I 25 (41).
Pollicitatio II 271 b.
— dotis II 292 i.
Pomponius, Sextus I 99 (260). 104 C 10.
Pontifex Maximus I 36 b. 41 v. 87 k.
Pontifices I 41 (83). 77 (177).
Popularen I 70 (155).
Populiscita I 74 a. A.
Populus Romanus I 38 (73). 39 (75). 41. 42. a. A. 43 a. A. 51 (101). 87 a. A. 88. 93 (235).
Portoria I 89 h.
Positum et suspensum II 277 tt.
Possessio, naturalis, civilis II 226 (144).
— am ager publicus I 40 b. 57 (119). II 227. 235 (180).
— an Provincialgrundstücken I 68 (150). 69 (152). II 235 (180). 236 nn.
— libertatis II 212 (86).
— pro herede, pro possessore II 314 q.
Possessores in der Kaiserzeit I 121 (338). 122 (341).
Possessorische Interdicte II 225.
— — zum Schutz der Servituten II 230.
Postliminium II 220 (118). 239 w. 284 b. 290 q. 311 c.
— in Bezug auf Sachen II 241 t.
Postulare I 155 (448).
Postumi II 308 (441). 311 (444).
Potestas des Vormunds II 297 (415).
— über Sclaven II 212 (83). 281.
Potestativbedingung II 204 (46).
Potioris nominatio I 91 l. II. 300 y.
Praecepta iuris I 11 a. 102 c.
Präceptionslegat II 321 (473).
Praeceptores I 98 (254). 103 (276).
Praeda II 238 b.
Praedes I 161 g.
— litis et vindiciarum I 157 (458). 161 (474).
Praedia II 223 (130).
— rustica, urbana II 223 (130). 253 (276).
— suburbana II 223 (130).
— tributaria, stipendiaria I 88 d.
Praediator II 239 (208).
Praedo II 232 r. 314 q.
Praefecti aerarii I 88 (220).
Praefectiani I 127 (351).
Praefectura morum I 56 (117).
Praefecturae I 62 l. 65 (144).
Präfecturen als Theile des Römischen Staats I 123 (342).
Praefectus annonae I 88 (221).
Praefectus augustalis I 93 (236).
— iuri dicundo I 62 f. 65 (144). 79 n. 91 a. E.
— praetorio I 88 (221). 123 (342). in comitatu I 123 (342).
— urbi I 88 (221). 124 (349).
— vigilum I 88 z.
Praejudicia als Einreden I 171 (520).
— als Klagen I 167 (504). 175 (538. 540). II 221 (124).
— als richterliche Decrete I 186 (576).
Praeiudicium quanta dos sit II 292 b.
Prälegat II 321 (474).
*Praemium emancipationis II 284 (391).
Praepositus sacri cubiculi I 122 a.
Praescriptio durch Zeitablauf II 199 (25).
— de eadem re alio modo I 171 h.
— immemorialis II 200 (32).
— als Einrede I 171. 173 (530).
— fori I 152 p. 171 g. 173 (530).
— longi temporis II 208 o. 240. bei Servituten II 256 (291). 257 (296). quae pro libertate opponitur II 212 a. E.
*Praescriptio longissimi temporis II 240 (214).
— mendacii I 178 (550).
— ne hereditati praeiudicium fiat I 171 k. p.
— rei iudicatae I 171 (521).
— temporis I 171 (521). II 208 ii.
— transactionis I 171 i.
Praescriptiones pro actore I 164 (483). pro reo I 171.
Praesentales I 125 (349).
Praesides provinciarum I 93 (236). 123 (342). II 288 aa. 298 s.
Praestare I 165 y u. aa. II 259 (305).
Prästation der Culpa II 378 (374).
Praestationes personales I 167 (503). II 275 ll. 314 v.
Präsumtionen I 174 (536).
Präterition II 310. 311 a. E. 319.
Praetextatus I 58 d. II 202 o.
Praetor bei den quaestiones perpetuae I 71 (157).
— Constantinianus I 124 (348).
— fideicommissarius I 88 k. 151 (430). II 322 (478).
— Flavianus I 124 (348).
— peregrinus I 83 (205). 88 (220). 124 (348).
— triumphalis I 124 (348).
— tutelaris I 88 l. II 298 u.
— urbanus I 56 (118). 66 (147). 88 (220). 124 (348). II 298 r.
Prätoren I 51 (101). 56 (118). 66 (147). 88 (220). 124 (348). deren Einfluß auf Fortbildung des Rechts I 80. Jurisdiction I 65 a. 92 (232). 115. 152 (432).
Praetorii viri I 93 b.
Prätorisches Edict I 81 (195). 82. seit Hadrian I 114.

Prätoriſches Erbrecht II 303 (429). 316 fl.
Prätoriſches Recht I 82. 85. 114 (316).
Pragmaticae sanctiones I 131 (362).
Pragmatici I 155 (449). 183 (570).
Praxis I 16. Verhältniß zur Theorie I 96 (246).
Precarium II 225 (141).
Precarium rei suae II 248 g.
Prensio I 79 w.
Pretium II 275 (358).
Primates officii I 127 (351).
Primicerius notariorum I 122 (341).
Primiscrinius I 127 (351).
Princeps iuventutis I 88 (222).
— officii I 127 (351).
Principes I 86. 120. deren Einfluß auf die Volks- und Senatsgeſetzgebung I 106. geſetzgebende Gewalt I 109. Jurisdiction I 110 (303). 111 (305). Politik den Juriſten gegenüber I 116 (323). Reihenfolge I 86. 120. Stellung I 87 (216). Titel I 86 (214). Wahl I 87 (216).
Principes beim Heer I 48 (96).
Principium als Bezeichnung einer tribus I 74 (167).
Priorität der Pfandrechte II 250 (258).
Privation II 245 (241).
Privatrecht I 23. deſſen Entſtehung bei den Römern I 45. 55 (112).
Privatſtrafe II 277 (367).
Privatteſtamente II 306 (436).
Privilegia I 31 (152). 56 d.
Privilegirte Forderungen I 179 (558). 188 (581).
— Pfandrechte II 250 (258).
— Teſtamente II 306 a. E.
Pro diviso, indiviso II 222 (128).
— herede gestio II 312 h.
— magistratu I 79 q.
— non scripto haberi II 326 c.
Probatio I 174 (532).
— artificialis I 174 t.
Probatoriae I 128 (352).
Probus Imp. I 86 (213).
Proceß I 25 (39). Zweck und Einleitung deſſelben I 172 (524).
Proceßdauer I 185 l.
Proceßkoſten I 157 a. 186 e.
Proceßverjährung I 159. 185 l. II 268 f.
Prochiros des Baſilius I 141 (403).
Proclamatio in libertatem II 220 x. 221 f.
Proconsulatus principis I 87 h.
Proconſuln I 66 (147) 93 (234).
Procopius I 138 (388).
Proculianer I 98 (255).
Proculus I 98 (255).
Procurator I 156 (452. 453). II 203.
— apud acta factus I 156 ee.
— Caesaris I 93 (235).
— in rem suam II 203 (41). 267 (332).
— praesentis I 156 ee. hh. kk.
Prodigia II 210 c.
Prodigus I 5 a. II 202 (38) aa. 299, 2.
Professio censualis I 122 (341).
Professores I 103 (278).
Proiiciendi et protegendi servitus II 253 aa.
Proletarii I 48 d. i.
Prolytae I 139 a. E.
Promissio dotis II 292 (408).
Promulgation I 17 (25). 74 (167).
Pronuntiatio I 175 c. i.
Proprätoren I 66 (147).
Proprietät II 255 (282).
*Prorogatum forum I 152 m.
Proscriptio bonorum I 179 y. ff.
— pignoris II 247 i.
Prospectus II 253 cc.
Πρῶτα I 139 (393).
Protutoren II 300 (423).
Provinciae Caesaris et populi I 93.
Provinzen I 66—69. 93—95. 123. Colonien I 69 (152). 95 (240). Finanzverfaſſung I 68. 88 (218). 122 (340). Gerichtsverfaſſung I 67. Verleihung der Civität I 95.
Provincialgrundſtücke I 68 (150). 69 (152). 89 (223). 94 (238). II 235 (181). 236 nn. 240 (210). 256 (287. 289). 257 (296). 292 p. r.
Provincialſtädte I 69. 94. 95.
Provincialvorſteher I 66. 93. 123 a. A.
Provocatio ad populum I 41 (83). 51 b. 56 a. 79 v.
Prudentes I 76.
Pubertas II 202 (36).
Publicani I 68 (150). II 245 e.
Publicatio als Strafe I 88 (219).
Publication des Geſetzes I 17 (25).
Publice scribere I 116 c.
— vendere I 179 (557). II 238 (195). 327 m.
Publiciana in rem actio ſ. actio publiciana.
Pupienus Imp. I 86 (213).
Pupillarſubſtitution II 309 (442).

Q.

Quadruplex iudicium I 153 i.
Quaestio I 174 l. II 212 (83).
— Domitiana I 99 m.
— perpetua I 71 (158).
— status II 221.
Quaestores aerarii I 68 (149). 88 (220).
— candidati principis I 88 (221).
— parricidii I 41 (83).
— provinciales I 68 b. 93 f.
— quaestionum perpetuarum I 71 (157).
— sacri palatii I 122 (340).
Quäſtoriſcher Verkauf I 179 (556). II 238 (194).

Quanti res est I 165 t. 166 (499). 172 l. II 260 (307).
*Quarta D. Pii II 283 (389).
*— Falcidia II 321 ppp. 322 w. 325 c. 326 r.
*— Sabiniana II 283 p.
*— Trebelliana II 324 n.
Quaſiaffinität II 196 p. 288 (398).
Quaſibeſitz II 230.
Quaſicontracte, Quaſidelicte ſ. obligationes quasi ex contractu, quasi ex delicto.
Quaſipupillarſubſtitution II 309 i.
Quaſitradition II 256 (290 u. a. E.).
Quaſitutel der Peregrinen II 302 q.
Quaſiuſusfructus II 255 w.
Quatuor libri singulares I 99 c.
Quatuorviri iuri dicundo 1 65 (144). 79 n. 91 (230). 92 t.
— — viarum I 79 (186).
Quellen der älteſten Römiſchen Geſchichte I 36. 37.
Querela gegen eine Sentenz I 180 e.
— inofficiosae donationis v. dotis II 311 ee.
— inofficiosi testamenti II 311 (446). 316 (460). Verjährung II 208 (66).
— non numeratae pecuniae II 274 a. E.
— non solutae pecuniae II 280 n.
Quinquagesima II 245 dd.
Quinqennales I 91 (230).
Quinque pedes II 234 l. o. q. r.
Quinqueviri cis et ultra Tiberim I 79 m.
Quittung II 280 n.
Quiritariſches Eigenthum II 235. 236.
Quirites I 38.
Quiritiſches Princip des Römiſchen Rechts I 39 (75). 40 (77). 43 (86). 44 (88). 54 a. E. 73 a. A.

R.

Ramnes I 38.
Ramniſches Princip im Römiſchen Recht I 39. 40. 43 (87). 73 a. A.
Rapina II 277 (369).
Ratihabition I 156 v. cc. ff.
Rationalis sacrarum largitionum, rerum privatarum I 123 (342).
Rauduſculum II 238 l.
Realcontracte II 272.
Reallaſten des deutſchen Rechts II 252 d.
Realſervituten II 253. 254.
Receptum der Schiffer und Wirthe II 276 f.
Recht I 4. 6. Entſtehung I 10. Entwicklung I 8. 9. Grundlage I 1. Veränderlichkeit I 19. 20. Verhältniß zur Moral I 4. 7.
Recht als Macht I 6.
— an der eigenen Perſon, Recht der Perſönlichkeit I 30 (50). II 207 (61). 224 (136).
— der Wiſſenſchaft I 15. 18.
Rechte an einem Vermögen II 327.
— an Handlungen I 30 (51). II 207 (62).
— an Perſonen I 30 (49). II 207 (62). 281.
— an Sachen I 23 (33). 30 (48). II 207 (61).
Rechtsalterthümer I 34.
Rechtsfähigkeit I 28. II 210.
— der alieno iuri subiecti II 219 (113).
— der Non Cives II 217 (104).
Rechtsgebiet I 21.
Rechtsgeſchäfte II 201. Erforderniſſe II 202. Inhalt II 204. Ungültigkeit II 204 (48). Zulaſſung von Stellvertretern II 203.
Rechtsgeſchichte I 34.
Rechtsinſtitut I 6.
Rechtsirrthum II 209 (76).
Rechtskraft I 181 a. E.
Rechtsmittel gegen die Sentenz I 180. 187.
Rechtspflege I 25 (39). römiſche I 150.
Rechtsphiloſophie I 32.
Rechtsquellen I 12—18. für das Römiſche Recht I 37. 73. 105. 129. 133. 139 a. A.
Rechtsſchulen I 139 (397).
Rechtsunterricht I 77 (182). 103. 134 (368). 139 (394).
Rechtsunfähigkeit der Sclaven II 212 (83). deren Beſchränkungen II 212 (84).
Rechtsverhältniß I 6. 21.
Rechtsverkehr der Römer mit andern Völkern 1 83.
Rechtswiſſenſchaft I 32. Gegenſtand I 35. Methode I 33. 34.
— der Römer, Charakter und Urſprung I 96. 102. Einfluß auf die Rechtsentwicklung I 78. 101. 116. Verfall I 129 (356). Verhältniß zur Philoſophie I 102 (274).
Reciperatio I 83 e.
Recitatio I 139 a. E.
— testimonii I 174 (534).
Rectores provinciarum I 123 (342).
Recuperatoren I 83. 154 (441 ff.).
Redemtor operis II 275 (360).
Redemtus ab hostibus II 214 c.
Regierung I 14.
Regiones suburbicariae I 124 (348).
Regreß des Bürgen II 264 v. w. x.
Regula Catoniana II 321 ccc.
Rei vindicatio II 232. 236 (187—191).
Reiicere ad forum I 150 u. y.
Relatio ad principem I 178 a. E. 186 a. E. 187 (578).
Religion II 216 a. E. 288 z.
— der alten Römer I 36 (68). 41 (81).
Relocatio II 275 (361).
*Remedium ex l. 2. C. de rescind. vend. II 275 p.
— ex l. ult. C. de ed. D. Hadr. toll. II 314 aa. 318 d.
Remissio pignoris II 251 z.
— servitutis II 257 (295).

Remission des Pachtzinses II 275 (361).
Remotion des Vormundes II 300 (423).
Remuneratorische Schenkungen II 205 i.
Renuntiatio mandati II 275 (364).
— societatis II 275 (362).
Reparatio I 160 r.
Reparaturkosten II 232 b.
Repetere rem durch Fetialen I 83 (202).
Repetundae I 71 d. e. II 239 tt.
Replica doli I 172 h.
Replicatio I 170 (519).
Repräsentanten II 203. im Proceß I 156.
Repudiation des Erbrechts II 312 h.
— in fraudem legatariorum II 321 ii.
Repudium II 291.
Republik, Ende I 70 folg. scheinbares Fortbestehen unter den Principes I 86 (215).
Republikanische Verfassung des alten Roms I 41 (81).
Rerum donatio II 205 (52).
Res corporales, incorporales II 222 a.
— credita II 270 (346).
— divini iuris II 233 m.
— furtivae II 239 pp.
— futurae als Gegenstand der Verpfändung II 250 (255).
— in iudicium deducta I 172 (523). 156 (453. 455).
— iudicata I 175 a. n. 181 a. E.
— iudicatae als Rechtsquelle I 80 (188).
— mancipi, nec mancipi I 40 (78). 99 (264). II 238 (200). 239 (203).
— nullius II 241 (219).
— omnium communes II 223 (132).
— publicae II 223 (133).
— sacrae II 223 (131).
— sanctae II 223 (132).
— religiosae II 223 (131). 239 e.
— uxoria II 292 (409).
— vi possessae II 239 ss.
— succedit in locum pretii etc. II 222 l.
Rescissibilität II 204 (49).
— der Testamente II 311.
Rescissio actorum principis I 87 (216).
Rescripta I 111. 131 (361).
— generalia I 111 (309).
— ad consultationem I 131 (363).
Rescriptsproceß I 111 (305). 178.
Resolutivbedingung II 204 (46). bei Erbeinsetzungen II 308 e.
*Respectus parentelae II 195 o.
Responsa prudentium 1 76 (174). 116 fl.
Responsio I 185 (572).
— Celsina I 99 m.
Respublicae II 191, 2.
Restipulatio I 157 a. E. 168 (507). 169 (509).
Restitutio rei cum omni causa II 232 (169).
Restitution der Dos II 292 (407).
— der Früchte I 165 (488). II 232 (169). 314 (455).
Restitution des Klägers gegen Anstellung der Klage I 172 g.
— des Universalfideicommisses II 324 (481).
Restitutionsgesuch II 209 (76).
Restitutionsgrund II 209 (73).
Retentionen bei der Dotalklage II 292 (410).
Retentionsrecht des Pfandgläubigers II 251 (265).
Retractatio I 181 f. 187 a. E.
Retrotraction der erfüllten Bedingung II 204 (47).
Reuerecht II 272 (353).
Revocare domum I 152 l.
Revocatio in duplum I 157 (459) f. 181 (564). II 269 (342). 277 z. 321 r.
— in servitutem II 220 t. v. w. Revocation der Schenkungen II 206 (54).
Rex sacrificulus I 51 e.
Richter I 41 (84). 49. 153. 154. 183. in den quaestiones perpetuae I 71 (157).
Richterdecurien I 88 (222).
Ritter s. equites, census equester, ordo equester, u. Celeres.
Rittercenturien I 48 (98). 61 p.
Römisches Recht der ältesten Zeit I 39. 40. Ausbildung zum Privatrecht I 44. 54 a. E. im Occident I 143—148. im Orient I 141. 142. unter den Germanen I 137. Verfall I 119. 129. Werth für die Gegenwart I 35.
Römisches Volk, Entstehung und Elemente I 38.
Rogare legem I 74 (166).
Rom als Hauptstadt I 124.
Romulus I 36 a. A. 38.
— Augustus Imp. I 120 (335).
Rorarii I 48 (97).
Rückforderung der Dos II 292 (409).
Rückwirkende Kraft der Gesetze I 17 (26).
Rufinus, Licinius I 100 (267).
Rupitiae II 277 z.
Rusticitas II 209 hh.
Rutiliana constitutio II 239 (209).
Rutilius, P. I 179 aa.
— Maximus I 100 (266).

S.

Sabinianer I 98 (255). 99 (256).
Sabinisches Element des Römischen Volks I 38. 40 f. 45.
Sabinus, Caelius I 99 (258).
— Massurius I 99 (256).
Sachen I 23 (32). 30 (48). II 222. als Inhalt der Obligatio II 258 (302).
— bewegliche, unbewegliche II 223 (130).
— fungible II 259 (303).
— verbrauchbare II 255 u. 259 c.
Sacerdotes confarreationum II 285 i.
Sacra pro gentibus I 39 (75).

Sacra pro montibus et pagis I 40 (77).
Sacralpflicht des Erben II 325a.
Sacramenti legis actio I 80e. 154a. 161.
Sacramento contendere I 161 (470. 471).
Sacramentum als Verpflichtungsform I. 40 a. E. als Succumbenzgeld I 161 (470. 471).
Sacrosanctio I 45a.
Sacrum encaustum I 131 (361).
Sanctio legis I 74 (167).
Sarcire II 277z.
Satisdation ſ. cautio.
Satisdatio secundum mancipium II 238q.
Saturninus, Claudius I 99 (261).
— Venuleius I 100 (266).
Scaevola, P. Mucius I 76 (174)
—, Q. Cervidius I 100 (266).
—, Q. Mucius I 97 (248).
Schadenerſatz II 277 (367). 278.
Schätze II 241 (221).
Schalt-Jahr, -Monat, -Tag II 199 (25).
Scheidung II 291.
Scheingeſchäfte II 202 (40).
Schenkung II 205. 206.
— Todes halber II 205 (53). 325.
— unter Ehegatten I 31 (53). II 294.
Schenkungsverſprechen II 205 (52).
Schiedsmänner I 161g.
Schiedsrichter I 154s. II 258i.
Scholae der Officialen I 127 (352).
Scholien der Baſiliken I 141 (404).
Schrift bei Rechtsgeſchäften I 92 (231). II 274. 275b.
Schriften der Juriſten I 77 (180). 104. deren Auctorität I 117. 134. Ueberlieferung I 104.
Schuldknechtſchaft I 179 (551). II 214, 4. 269 (343).
Schulen der römiſchen Juriſten I 98. 100 (265).
Schutz der Rechte I 29. II. 208.
Schwägerſchaft II 196.
Scipio, P. Corn. Nasica I 76 (174).
Sclavenehe II 287 (397).
Sclaverei II 212. Endigung II 213. Entſtehung II 211. 220 (118). Geſetze darüber in der dritten Periode I 107 (299).
Scribae I 60 (129).
Scribere als Rechtsausübung I 76 (174).
Scrinia I 122 (342).
Scriptura als Abgabe II 245b.
Secare in partes I 179n.
Seceſſionen des Plebs I 51 a. E. 52. 56 (116). 59 (122).
Secretarium I 183 (570).
Sectio bonorum I 179 (556). II 238d. 327, 3.
Secundae nuptiae II 290 (402).
Selbſthülfe I 29 (46). II 232c.
Sella curulis I 158 (461).
Sempronius Sophos I 76 (173).
Senat I 41 (81. 82). 50. 70. 87 (216). deſſen Dispenſationsgewalt I 75 (171). Theilnahme an der Geſetzgebung I 41 (82). 51 (102). 59. 75. 106. Theilnahme an den Magiſtratswahlen I 59 (124). 87 (215). Wahl der Principes I 87 (216). Stimmberechtigte Beiſitzer und deren Befugniſſe I 58f. Interimiſtiſche Oligarchie I 62a.
Senat von Rom und Conſtantinopel I 124 (348).
Senatoren I 58. als Richter I 71 (157).
Senatorencenſus I 61w.
Senatusconsulta I 75. 106.
Senatusconsultum Afinianum II 283p.
— Articuleianum II 213 (95).
— Calvisianum II 313v.
— Claudianum II 211 (81). 212e. 304nn. 313u. 327b.
— Dasumianum II 213 (95).
— de bacchanalibus I 75t.
— de ludis saecularibus I 107g.
— Iuncianum II 213 (95).
— Iuventianum I 106e. II 232m. r. 314t.
— Largianum II 304 (433).
— Libonianum II 326d.
— Macedonianum I 106f. II 219d. 272 (350).
— Memmianum II 313y.
— Neronianum II 321k. w. x. z. bb.
— Orphitianum II 304 (432).
— Pegasianum II 322n. w. 324l.
— Persicianum II 313 (451).
— Rubrianum II 213 (95).
— Sabinianum II 283p.
— Silanianum I 75o. II 212d. 213fff. 313i. 326w.
— Tertullianum II 304 (431).
— Trebellianum II 324h.
— über den Quaſiusfructus I 75n. II 255x.
— über den Verkauf eines Freien I 75i. II 220z.
— Velleianum II 265 (327).
— Vitrasianum II 213 a. E.
Sententiae prudentium I 117 (329).
— receptae des Paulus I 104, C. 7. 8. 9. E. 14.
Sentenz I 175. 186.
Separatio bonorum I 179gg.
Separation als Eigenthumserwerb II 242 (228).
Sepulcralreden I 118 a. E.
Sequester I 161g. II 229w.
Serviles cognationes II 212 (84).
Servitus poenae II 220cc. 290o.
— servitutis II 252x.
Servituten II 252. Aufhebung II 257. Beſitz II 230. Entſtehung und Schutz II 256.
*Servitutes affirmativae, negativae II 252 (270).
*— irregulares II 252g.

Servitutes iure, tuitione praetoris constitutae II 256 (287) ii.
— personarum, praediorum II 252 271).
— praed. rusticorum II 253 (276. 277). 256 k. t. 257 s. w.
— praed. urbanorum II 253 (276. 278). 256 t. 257 u. v. x.
Servius Sulpicius Rufus I 97 (249).
— Tullius und ſeine Einrichtungen I 47 —49. 51 (101).
Servorum loco II 214 (96). 215 e.
Servus publicus II 212 t. 307 b.
— terrae II 214 (97).
— transfuga II 220 k.
Sessiones de plano I 158 (461).
Severus Imp. I 86 (213). im Occident I 120 (335).
— Alexander Imp. I 86 (213).
— Septimius Imp. I 86 (213).
Sex suffragia I 48 k. r. 61 (133).
Sicherungsmittel für eine Forderung II 246 a.
Siebenbürgiſche Wachstafeln I 118 k.
Siglen I 139 (392).
Signata responsa I 116 d.
Signatio testamenti II 306 h. k.
Signatores I 174 n.
Simplariae venditiones II 275 (359).
Simulation II 202 cc.
Sine scriptis I 185 a. E.
Singularſucceſſion II 198 (23).
Singularvermächtniß II 224 a.
Sirmond'ſche Conſtitutionen I 126 c. 132 a. c.
Societas II 275 (361).
— leonina II 275 (362).
— omnium bonorum II 241 c. 275 (361).
— privata II 192 (10).
— quaestus et lucri II 275 (361).
Societates II 191, 4.
— publicanorum I 68 (150). II 191, 4.
Socii populi romani I 62.
Sodalitates II 191 (8).
Solarium II 244 a.
Sold der Soldaten I 51 g. 162 (479).
Solenne Rechtsgeſchäfte II 202 (40).
Solennitätszeugniß I 174 (534).
Solidariſche Obligationen II 263 fl.
Solitarius pater II 313 dd.
Solum II 223 (130). 242 u. 244 (235).
Soluti retentio II 268 (334).
Solutio II 280 (376).
— per aes et libram II 280 a.
Solvere legibus I 75 (171).
Sors II 261 (311).
*Spatium deliberandi II 312 (448). 314 g.
*Specificatio II 242 (224).
Spectabilis I 121 (340).
Spectio I 79 (185).
Sponsalia II 258 (301). 289.
Sponsio contraria II 289 f.
— poenalis I 157 g. 165 q. 168. 169 (510). 170 q. II 269 (345).
— praeiudicialis I 168 (507). II 232 m.
Sponſiones im Proceß I 168.
Sponſor II 264 (322).
Sporteln I 183 i.
Spurii II 195 g.
Staat I 11. 25. als juriſtiſche Perſon II 191, 4. Verhältniß zum Recht I 11 a. E.
Staatsrecht I 25 A. äußeres I 25 B.
Staatsverfaſſungen I 25 (36).
Staatsvermögen I 88 (218). 122 (340). II 191, 1. 223 (133). 239 a. E.
Staatszwecke I 25 (41).
Stadtgemeinden II 191, 2. 208 w.
Stadtrechte von Salpenſa und Malaca I 108 b.
Städtiſches Eigenthum II 239 aaa.
Standesmäßige Ehen II 288 (399).
Standesverſchiedenheiten I 25 (39). 121 (337). II 216 (103).
Stationes ius publice docentium I 98 h. 103 k.
— officii I 128 b.
Statu liberi II 212 u.
Status II 210 (80). 220 e.
— controversia I 175 (540). II 208 m. 221.
— mutatio II 220 (116).
Statuten I 14 (20).
Statuti I 183 (570).
Stellvertreter II 203. im Proceß I 156.
Stemmata cognationum II 195 q.
Stephanus I 141 (402).
Steuerverfaſſung der Provinzen I 68. 88 (218). 93 f. q. 94 (238). II 245 (237).
— des römiſchen Staats I 51 (103). 68 a. 88 (218). 122 (340). II 245 (237).
— Italiens I 89, 2. 122 (341).
Stillicidium II 253 aa. dd.
Stimmengleichheit der Richter I 175 (539).
Stimmrecht in den Comitien I 60 (128). II 216 f.
— der Latinen I 62 h.
Stipendium I 68 g. 88 d. II 245 a.
*Stipes communis II 195 q.
Stipulatio I 165 (491). II 273.
— Aquiliana II 280 (379).
— bei Beſtellung von Servituten II 256 (289).
— fructuaria I 169 (511).
— iudicio sisti I 152 (433).
— post mortem II 264 h. i.
— pro praede litis et vindiciarum I 168 f.
— tribunicia II 262 (411).
Stipulationes cautionales, communes, iudiciales I 168 i.
— conventionales, iudiciales, praetoriae I 168 a.
— emtae et venditae hereditatis II 313 l.
— partis et pro parte II 324 f.

Stipulationes quasi emtae et venditae hereditatis II 324 g. l.
— quasi partis et pro parte II 324 k.
Stoicismen I 102 (274).
Strafe II 277 (367).
Strafe des unterliegenden Appellanten I 181 bb. cc. 187 k.
Strafen des muthwilligen Proceſſirens I 157 (458).
— wegen Eheſcheidung II 290 (402).
Strafrecht I 25 (40).
Studienplan Juſtinian's I 139 (397).
Studiosi iuris I 103 (275).
Stuprum II 287 l.
Suasor legis I 74 (166).
Sub dispositione I 121 c.
Subhaſtation II 238 (195).
Subjecte der Obligatio II 262 fl. deren Veränderung II 267.
*Subpignus II 250 (254).
Subreptio I 178 (550).
Subrogare legi I 74 i.
Subscripti libri I 136 e.
Subscriptio censoria I 56 p. II 216 (103).
— testium II 306 m.
Subscriptiones principum I 111 c.
Substitutio II 309.
Successio II 198 (22).
*— graduum et ordinum II 305 (435).
— per universitatem II 198 (22). 238, 5. 303. 327.
Succeſſion der armen Wittwe II 304 z.
— in capita, in stirpes, in lineas II 304 (431). 305 (434).
— in usucapionem II 239 m.
— in die Delation II 313 (450).
Succeſſionsfähigkeit II 308 (440). 311. 313 (451). 321 (475). 322, 3.
Successorium edictum II 316 o. kk.
Succumbenzgeld I 161 (469). 187 (579).
Suffragium ſ. Stimmrecht.
Sui, sui heredes II 304 (430). 310. 312 (447). 317, 1.
Sui et necessarii heredes II 312 (447).
Sui iuris II 219 u.
Summariſches Verfahren I 185 a. E.
Superficies II 244.
Supernumerarii I 183 (570).
Superscriptio testium II 306 h.
Supplicatio I 178 (549). 187 (579).
Suspecti postulatio II 300 l.
Suspenſivbedingung II 204 (46).
Suspenſiveffect der Appellation I 181 l. 187 g. o.
Syndicus I 123 c.
Syngraphae II 274 (357).
Synopsis Basilicorum I 141 g.
Syntrophi instrumentum donationis I 118 (331).
Syriſch-römiſches Rechtsbuch I 129 b.
Syſtem der Inſtitutionen des Gajus I 99. (263).
Syſtem der Rechte I 28—30.
Syſtem der Rechtsverhältniſſe I 21—27. 30 a. E.
Syſtematiſche Erkenntniß des Rechts I 33.

T.

Tabellae, tabellariſche Geſetze I 71 (155).
Tabelliones I 183 (570).
Tabernae am Forum II 244 e.
Tabula alimentaria Traiani I 118 d.
— Heracleensis I 64 g. 90.
— Marliani I 37 (73).
Tabulae Caeritum I 60 h.
Tacitum fideicommissum II 326 r.
Tacitus Imp. I 86 (213).
Talio I 156 f. II 277 kk. ll.
Tarquinius Priscus I 46.
— Superbus I 50.
Tarruntenus Paternus I 100 (266).
Tauſchgeſchäfte II 205 (50).
Tauſchvertrag II 272 (352).
Taxatio iudicis I 166 (499). beim Würderungseid I 174 (535).
Tempel II 191 (7).
Temporalis praescriptio II 208 ii.
Tempus continuum, utile II 200.
Terentius Clemens I 99 (261).
Terminzahlungen II 259 (306).
Tertullianus I 100 (266).
Teſtamentariſche Freilaſſung II 213 o. p. w. ii. 308 n. o. 312 e.
Testamenti factio II 307. *passiva II 308 (440).
Teſtamentszeugen II 306 (436).
Testamentum II 306. Inhalt II 308 fl.
*— apud acta conditum II 306 p.
— calatis comitiis conditum II 306 (435).
— destitutum II 311 k.
*— holographum II 306 n.
— in procinctu II 306 c.
— iniustum, non iure factum II 311 (444).
— inofficiosum II 311, 6.
— irritum II 311, 1. 4.
— militis II 306 i. 308 b.
*— mysticum II 308 d.
— nullum II 311, 2. 3.
*— nuncupativum II 306 (437).
— per aes et libram II 306 d.
— praetorium II 306 k. 318.
— ruptum II 311, 3. 5.
Testimonium I 174 l. eines Abweſenden I 174 (534). Zwang dazu I 174 (534).
Teſtirunfähigkeit II 307. 311, 1.
Thalelaeus I 141 (402).
Theil II 222 (128).
Theile des Rechtsgebiets I 22 fl.
Theilung des Gemeinſchaftlichen II 275 (362).
Theilung des römiſchen Reichs I 120 (335).

Theilungsklagen I 167 (503). 175 (538). II 275 (363).
Theoderich I 137 (386).
Theodorus I 141 (402).
Theodosius I Imp. I 120 (335).
— II Imp. I 120 (335). 136.
Theophilus I 141 a.
Theorie und Praxis I 96 (246).
Thesaurus II 241 (221).
Thiere I 228 l. 241 u. v. 277 ddd.
Tiberius Imp. I 86 (212).
Tigni immissi servitus II 253 x.
Tignum iunctum II 231 dd. 242 e.
Tities I 38.
Tituli ex corpore Ulpiani I 104, 5.
Titulus II 239 (206).
Titus Imp. I 86 (212).
Tod als Endigung der Ehe II 290 (401).
— — — der Societät II 275 (362).
— — — der väterlichen Gewalt II 284 (390).
— — — des Mandats II 275 (364).
— — — von Obligationen II 280 (381).
— — — von Personalservituten II 257 g.
Todesstrafe II 220 bb.
Toga virilis II 202 (36).
Tradition II 228 (148).
— als Eigenthumsübertragung II 236 (186). 241.
— der Servituten II 256 (288) ii.
Traianus Imp. I 86 (212).
Transactio II 280 ff.
*Transitus legalis II 241 c.
Translatio iudicii I 172 (526).
— legati II 321 hhh.
*Transmissio theodosiana II 313 gg.
Transmissionsfälle II 313 (450).
Transscripticium nomen II 274 (357) c.
Trauerjahr II 290 (401).
Trebatius Testa I 97 (250).
Tres libri I 146 (413). 148 (417).
Tres partes I 148 (417).
Triarii I 48 (97).
Tribonianus I 138 a. E.
Tribu movere I 56 (117). 60 (128).
Tribunal I 158 (461).
Tribuni aerarii I 71 r. t. 162 u.
— et notarii I 122 (341).
— militum consulari potestate I 56 (116. 118).
— plebis I 52. 79 t. 88 (220). 180 (562).
Tribunicia potestas des Principes I 87 i. 88 q. 110 (303). 111 (305). 181 a. A.
Tribunus celerum I 41 i.
Tribus als Theil des Populus I 38 b. 39 a.
— der Plebejer I 47. 52 a. b. 64 (143). deren Verbindung mit den Centurien I 61.
Tributarii II 214 (97).
Tributcomitien I 47 (94). 52 a. A. 56 h. 59. 61. 74 a. A.
Tributum agri, capitis I 88 d. e.
Tributum der römischen Bürger I 43 f. 51 (103). 68 a.
— — — — — ex censu, in capita, temerarium I 51 h. i.
Trientabulum II 24.
Trinoctium II 199 (30). 287 d.
Tripertita I 77 (180).
Triplicatio I 170 ee.
Triumviri capitales I 79 m. 161 g.
— monetales I 79 (186).
Trossuli I 41 f.
Tryphoninus, Claudius I 100 (266).
Tubero, Q. I 97 (252).
Tuitio praetoris I 82 c. 165 (495).
Turbatio sanguinis II 288 (398). 290 (402).
Turpitudo II 216 (103).
Tuscianus I 99 (259).
Tutela II 297.
— divisa II 300 (422).
— impuberum II 297 fl.
— — testamentaria, legitima, *dativa II 297.
— mulierum I 156 (451). II 297 (415). 302.
Tutor Atilianus II 298 (419).
— cessicius II 302 h.
— dativus II 298 p. 302 l.
— fiduciarius II 298 e. 302 m.
— gerens, honorarius II 300 (422).
— optivus II 302 l.
praetorius II 298 x.

U.

Übergang der Obligationen auf die Erben II 267 (331). 280 nn. 306 a.
Überläufer II 220 k. o.
Überlieferung der Justinian. Gesetzgebung durch den Occident I 143 fl. durch den Orient I 141 fl.
— der kaiserlichen Constitutionen I 112 (310). 132.
— des prätorischen Edicts I 115 a. E.
— des römischen Rechts durch die Germanen I 137.
— des Zwölftafelgesetzes I 55.
— von Schriften der Juristen I 104.
— von Urkunden über Rechtsgeschäfte I 118.
— von Volks- und Senatsbeschlüssen I 74 (169). 75 s. t. 108.
Ufer II 223 s. t. u. x.
Ulpianus, Domitius I 100 (268). 134 (369) h. überlieferte Schriften I 104, 3. 5.
Umbilicus I 139 (393).
Umfang des Pfandrechts II 250 (253).
Undankbarkeit des Beschenkten II 206 (54).
— des Freigelassenen II 220 (119).
Uneheliche Kinder II 195 (15).
Unfreiwillige Repräsentation II 203.
Ungültigkeit der Rechtsgeschäfte II 204 (48).

Ungültigkeit der Teſtamente II 311.
— der Vermächtniſſe wegen Ungültigkeit des Teſtaments II 321 hh.
Unitas actus II 306 (436).
Univerſalvermächtniß II 324.
Universitas im Gegenſatz zum Theil II 222 (128). als Gegenſtand der Verpfändung II 250 (255).
— bonorum II 192 (10).
*— facti, iuris II 222 l.
— personarum II 192 a. A.
— rerum II 222 (129).
Unmögliche Bedingungen II 204 (48). 308 f.
Unmöglichkeit der Leiſtung II 258 q.
Unterbeamte I 127.
Unterbrechung der Klagverjährung II 208 (70). 239 y.
— der Uſucapion II 239 (205).
Untergang der Sache II 251 w. 257 b. f.
Untheilbarkeit der Servituten II 252 (273).
— des Pfandrechts II 251 dd. ee.
Unus casus bei der Eigenthumsklage II 232 e.
Unveräußerlichkeit der Servituten II 252 (274). 257 p.
Unvordenkliche Zeit II 200 (32).
Unwirkſamkeit der Legate II 321 aaa—ddd.
Urkunden als Beweismittel I 174 (533). 185 (575).
— von Rechtsgeſchäften I 118.
Urseius Ferox I 99 (258).
Urtheil I 175. 186.
Usucapio II 239. im Juſtinian. Recht II 240 (213).
— ex rutiliana constitutione II 239 ll.
*— extraordinaria II 240 (214).
— hereditatis II 315.
— libertatis II 257 (295).
— lucrativa II 239 g. ff. ii.
— pro herede II 239 (206). 315.
— — possessore II 239 gg.
— servitutum II 256 (288).
Uſucapionsbeſitz II 226 (152). 239 (205).
Uſucapionsfähigkeit der Sache II 239 (209).
Uſucapionszeit II 239 (204).
Usurae ultra duplum II 261 (315).
Usureceptio II 239 (208).
Usurpatio II 239 (205).
Usus als Begründungsart der manus II 199 y. aa. 285 g. 287 d.
— als Inhalt der Servituten II 252 (272).
— als Perſonalſervitut II 255 (281).
Usus auctoritas II 239 b.
Ususfructus II 255 (282). 256 m. n. 257 (296 flg.). deſſen Theilbarkeit II 252 u.
— alternis annis II 257 y.
— an Sclaven II 213 ee. 281 (383).
— an verbrauchbaren Sachen II 255 u.
— juriſtiſcher Perſonen II 257 i.
— legalis II 256 (288).
— nominum II 255 y.
Ususfructus omnium bonorum II 255 x.
Uterini II 194 (14). 195 b.
Utilitas II 260 g.

V.

Vacantes I 128 (352).
Vacatio legis I 17 (25).
Vadimonium I 160 l.
Väterliche Gewalt ſ. patria potestas.
Valens Imp. I 120 (334).
— Aburnus I 99 (259).
Valentinianus I Imp. I 120 (334).
— II Imp. 120 (334).
— III Imp. I 120 (334). 136 (382). Deſſen Geſetz über die Auctorität der Juriſten I 134 (369).
Valerianus Imp. I 86 (213).
Variae causarum figurae II 270 (346).
Varroniſche Zeitrechnung I 36 n.
Vaticaniſche Fragmente I 104, 11. 135 (376).
Vectigal I 68 g. II 245 a. r.
Venditio bonorum mortui I 179 gg.
— sub corona II 238 c.
Venia aetatis II 299 n. o.
Veränderlichkeit des Rechts I 19. 20.
Veränderung der Rechte II 208 a. A. 209 a. A.
Veräußerung II 205 (50).
— der Dotalgrundſtücke II 292 (408).
— der Erbſchaft II 313 (448).
— durch den Fiscus II 241 i. k.
— durch den Vormund II 300 o. p. q.
Veräußerungsverbote II 231 a. E. 241 l. als Uſucapionshinderniß II 239 vv.
Verbalobligation II 273.
Verberare II 277 (371).
Verbot der Siglen und Commentare I 139 (392).
Verbrechen I 25 (40).
Verbürgung II 263 a. E. 264 fl.
Vereine II 191, 3. 4.
Vereinigung mehrerer Sachen II 242.
Verfahren de plano, pro tribunali I 158 (461). II 316 r. x.
— extra ordinem I 150 a. E. 176. 182.
— in iudicio I 150 (426). 174 fl. 182.
— in iure I 150 (426). 161 fl. 182.
Verfall der Republik I 70—72.
Verfall des römiſchen Rechts I 119. 129.
Verfaſſung des römiſchen Staats I 41. 47 fl. 51—53. 56—61. 86—88. 93. 120—128.
Vergleich II 280. (380).
— über actiones, quae per infitiationem duplantur I 157 f.
— über res iudicata I 179 d.
Verhinderung des Erſcheinens im Termin I 160 i.
— des missus II 248 c.
Verjährung II 199 (25).

Verjährung der hypothekarischen Klage II 208 x. 251 x.
— der Klagen II 208.
— der Servituten II 257 (295).
— gegen Minderjährige II 209 oo. 239 l.
Verkauf der Kinder II 282 e. g. k.
— des Pfandes II 247 i. 248 (250). 251 (267).
— eines Freien pretii participandi causa I 75 l. II 220 (119).
— trans Tiberim I 179 m. II 220 (119).
Verleihung der Civität I 64. 95. II 218 (108. 110).
Verletzung der Rechte I 29 (46). II 208 a. A.
— über die Hälfte II 275 p.
Verlöbniß II 258 (301). 289.
Verlust der Civität II 220 (120).
— der Freiheit II 220 (118).
— der Rechte II 198 (24). durch Zeitablauf II 199 (25).
Vermächtniß II 321 fl. einer alternativ, generell bestimmten Sache II 259 q. fremder Sachen II 321 k. s. w. bb. von Renten II 259 w. x. von Servituten II 256 (287).
Vermischung II 242 (222).
Vermögen I 23 (34). II 193.
Vermögensexecution I 179 (551. 555).
Vermögensrecht II 197.
Verpfändung der Kinder II 247 c. 282 (384).
— der Sclaven II 213 ff. gg. 250 p.
— des ganzen Vermögens II 250 m. n.
— einer fremden Sache II 250 d.
— von Rechten II 250 (254).
Verpflichtung durch Andere II 266. 277 (372).
Verpflichtungen des Vormunds II 300 c—f.
Verpflichtungsgeschäft der Minderjährigen II 202 aa.
Versehen des Richters II 277 (371).
Versio vulgata I 147 (416).
Versprechen einer fremden Handlung II 258 q.
Vertheidigung des Beklagten, s. Einreden, Negation.
Verträge II 201. 271.
— der Sclaven II 212 s. 262 (315).
Vertragsformen II 271.
— in der ältesten Zeit I 40 a. E. 44 (89).
Vertragsschließung durch Stellvertreter II 203 (41).
Vertretbare Sachen II 259 c.
Vertretung bei der status quaestio I 156 d. II 221 (125).
— juristischer Personen II 202 a.
Verurtheilung, s. Condemnation, Geldsumme.
Verus, Lucius Imp. I 86 (212).
Verwandtschaft II 195. als Ehehinderniß II 288 (398).
Verweigerung der Litiscontestation I 173.
Verwendungen II 232 (170).
— auf die dos II 292 (410).
Verwirkung des Eigenthums II 238 a. E.
— des Patronats II 296 k. l. m.
Verzug II 278 i.
Vespasianus Imp. I 86 (212).
Vesticeps II 202 o.
Veteres I 116 o.
Veto der Volkstribunen I 52 (105). 180 a. E.
Vetustas II 200 a. E. 208 q.
Via II 253 (277).
Viae publicae II 223 y. 231 m.
Vicarius I 123 (343).
Vices agens I 183 c.
Vicesima hereditatum I 94 f. II 313 ii.
— manumissionum I 89 f.
Vici I 65 g. II 191 c.
Vicina praedia II 254, 3.
Viginti, vigintisex viri I 79 (186). 88 aa.
Villae II 223 d.
Vinctus I 179 i. p.
Vindex I 156 d. 160 e. 162 h. l. 179 i.
Vindicatio I 161 m. 165 b.
— caducorum II 326.
— in libertatem I 161 m. (474). II 212. 221 (125). als Form der Freilassung II 213 (87).
— in servitutem I 162 l. II 221 (125).
— incertae partis I 165 g.
— pignoris II 251 (264).
— servitutis II 243 a. E. 256 a. g.
Vindicationslegat II 321, I a.
Vindicationsproceß I 161 (471). 168 d. e. II 232
Vindiciae secundum libertatem I 161 u. 162 l.
Vindicias sumere, dicere I 161 (473) t.
Vindicta I 161 l. II 213 (87).
Virgo vestalis II 220 tt. 284 c. 302 i. 304 m. 307 g. 308 u.
Vis als Restitutionsgrund II 209 (75).
— als Verbrechen I 71 g.
— festucaria I 161 l. n.
— fluminis II 242 w.
Vitellius Imp. I 86 (212).
Vitia possessionis II 225 (138).
Vitium ex re II 239 (209).
Vocatio als magistratisches Recht I 79 (187).
— in ius I 79 (187). 160. 176 k. 184.
Voconiana ratio II 304 (431). 308 u.
Völkerrecht I 25 B. bei den Römern I 83.
Volk I 10.
— und Staat I 11.
Volksgesetzgebung I 41 (82). 74. 106.
Volksthümlicher Charakter des Rechts I 9 (13). 10 (15). 83 a. A.
Volksversammlungen s. Comitien.
Vollstreckung der Erkenntnisse I 179. 188.
— der obrigkeitlichen Decrete I 179 a. E.
Volumen als Abtheilung des corpus iur. civ. I 148 a. A.

Volusianus Imp. I 86 (213).
Volusius Maecianus I 99 z. 104, 4.
Vorkaufsrecht bei der Emphyteuse II 245 (241).
Vormund, dessen Proceßführung I 156 g. w. gg.
Vormundschaft II 297.
Votum II 273 (354).
Vulgarsubstitution II 309 b.
Vulgathandschriften der Digesten I 145 (413).
Vulgo concepti, quaesiti II 195 g.

W.

Wahl der Obligationen I 165 (491). II 259 q. r.
— bei Vermächtnissen II 259 q.
— der Magistrate I 59 (124). 87 (215).
— der Principes I 87 (216).
Wahnsinnige II 202 b. 299 m.
Wasserservituten II 253 (278).
Wegservituten II 253 (277).
Weidegerechtigkeit II 253 v.
Werth als Gegenstand der Obligatio II 258 q. 260.
— als Inhalt der Obligatio II 258.
Westgothen, der Rechtssammlung I 137 (384).
Westgothische Formeln I 137 g.
Westgothischer Gajus I 104 (292).
Widerruf der Schenkungen II 206 (54).
— des Testaments II 311, 5.
Widersprüche I 20 a. E.
Wiedereinsetzung in den vori[illegible]Stand s. In integrum restitutio.
Wilde Thiere II 228 l 241 u. v.
Willenserklärung II 202 (40).
Wirkung der capitis deminutio minima II 220 (123). 257 l. 280 (381). Restitution dagegen I 177 n.
— der Infamie II 216 (101. 103).
— der Klagenverjährung II 208 (70).
— der Litiscontestation I 172 (524. 526). II 208 (64). 232 (169). 239 (203). 265 c.
Wirkung der Obligatio II 268 ff.
— der Proceßverjährung II 268 f.
— der richterlichen Sentenz II 175 (539). über die Parteien I 111 i. 175 (540).
Wissenschaft als Rechtsquelle I 15. 18.
— des Rechts I 32—35.
Würderungseid s. Iusiurandum in litem.

Z.

Zahlung II 280 h.
— nach d. Litiscontestation I 172 (525).
Zahlungsort I 152 (433).
Zeit II 199. 200.
— der Erfüllung II 268 (333).
— der Erwerbung des Erbrechts II 312 (448). 314 (453).
— der Restitution der Dos II 292 (409).
— der Vorschützung von Einreden I 185 (573).
— des Gerichtsverfahrens I 158. 183 a. E.
Zeitbestimmung II 204 (44). 268 (333).
— bei Erbeinsetzungen II 308 e.
Zeitfrist für Restitutionsgesuche II 209 a. E.
Zeiträume, deren Berechnung II 199 (27).
Zeitrechnung in den Annalen der Pontifices I 36 (69).
— unter den Kaisern I 122 (341). 124 b.
Zeno Imp. I 120 (335).
Zeugen I 174 (533). 185 (575). Vereidigung derselben II 171 l.
Zinsen II 261.
Züchtigungsrecht des Herrn II 212 (83).
— des Vaters II 282 f. i.
Zurechnung I 25 (40). II 277 (366).
— bei Verträgen II 278 (374).
Zuschlag des Pfands II 251 (268). bei der proscriptio bonorum I 179 ii.
Zwang I 102 e. II 209 (75)
— zur Zeugnißablegung I 174 (534) r.
Zwangsmittel der Magistrate I 53 (109). 79 (187). 179 (555).
Zweckbestimmung II 204 e. 205 n.
Zwölftafelgesetz I 54. als Grundlage des ius civile I 73 (164). 78. Ueberlieferung I 55.

K
.P977
Puchta
römi

12124

K
.P977